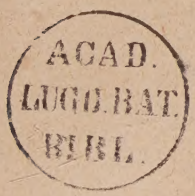
Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig



eingereicht von

Karl Alfred Rau,
Rechtsanwalt in Leipzig.

Leipzig,
Druck von Bruno Georgi
1909.

Meiner lieben Mutter.

Inhalt.

		Seite
	Literaturverzeichnis	VII—VIII
§ 1.	Einleitung	1—2
§ 2.	I. Teil. Die geschichtliche Entwicklung des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft	3—9
	II. Teil. Begriff, Arten, Voraussetzungen und Zeitpunkt des Ausscheidens eines Gesellschafters nach dem BGB.	
§ 3.	A. Begriff und Arten des Ausscheidens	10—11
	B. Voraussetzungen des Ausscheidens.	
§ 4.	1. Die Fortsetzungsklausel	11—17
	2. Die Gründe des Ausscheidens.	
§ 5.	a) nach § 736 BGB.	17—19
§ 6.	b) nach § 737 BGB.	20—21
§ 7.	3. Zurückbleiben von mehreren Gesellschaftern	21—25
§ 8.	C. Zeitpunkt des Ausscheidens	25—26
	III. Teil. Wirkungen des Ausscheidens.	
§ 9.	Im allgemeinen	27—30
	A. Wirkungen des Ausscheidens im Innenverhältnis.	
§ 10.	1. Das Erlöschen der Mitgliedsrechte und -pflichten des Ausscheidenden	30—35
§ 11.	2. Rechte und Pflichten des Ausscheidenden der Gesellschaft gegenüber	35—46
§ 12.	B. Wirkungen des Ausscheidens im Außenverhältnis	47—51
§ 13.	Schluß. Das Anwendungsgebiet der Vorschriften des BGB. über das Ausscheiden eines Gesellschafters	52

Literatur.

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Erlangen 1870.

Archiv für bürgerliches Recht von Kohler-Ring. Bd. 19, 20, 28, Berlin.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin 1896.

Böhmer, Ausscheiden von Mitgliedern aus der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Leipzig 1906.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Leipzig.

Brinz, Pandekten, 2. Bd., 2. Abt., 2. Aufl., Erlangen 1882.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. und 2. Aufl., Jena 1898/1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Aufl., Stuttgart 1898.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Tübingen 1902.

Denkschrift zum neuen HGB. in der Ausgabe von Heymann 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, 2. Bd., Halle 1906.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Bd., 8. Aufl., Berlin 1902.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 1. Bd., Marburg 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1. Bd., 1895.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (in der Festgabe der Universität Berlin für Heinrich Dernburg zum 50jährigen Doktorjubiläum). Berlin 1900.

Gierke, Handelsrecht in Holtzendorff, Encyclopädie der Rechtswissenschaft. Bd. 1, 6. Aufl. 1903.

Gösch, Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Göttingen 1900.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897, 2. Bd., Berlin 1905.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 1. Bd., 2. Aufl., Berlin 1903.

Habicht, Einwirkungen des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl., 1901.

Hachenburg, Das BGB. in Vorträgen, 2. Aufl, 1900.

Hergenhahn-Tuchatsch, Die offene Handelsgesellschaft, Leipzig 1894.

Hertzer, Verpflichtungen und Rechte des ausgeschiedenen oder ausgestoßenen Sozius gegen die offene Handelsgesellschaft. Diss. Erlangen 1898.

Höver, Verlust der Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft nach römischem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuche. Diss. Göttingen 1905.

Jörges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 49. und 51. Bd.

Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Kuhlenbeck.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft. Jena 1901. (Bei Fischer, Abhandlungen VII.)

Kühne, Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft und die daran sich knüpfenden Rechtsfolgen nach bürgerlichem Gesetzbuche. Diss. Jena 1901.

Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften, Halle 1900.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1902.

Makower, Handesgesetzbuch mit Kommentar, 12. Aufl., Berlin 1898.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1900.

Mengering, Die rechtliche Stellung des ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Leipzig 1902.

Meurer, Juristische Personen nach deutschem Reichsrecht, 1901.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Bd., Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 6. Bd., 1897.

Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht, im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, 10. Bd., 1900.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Berlin 1905.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, 2. Bd., 3. Aufl., Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Bd., Berlin 1898.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan-Falkmann) auf dem Gebiete des Civilrechts. (Abkürzung: OLG.)

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse. Erlangen 1898.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Sohm, Der Gegenstand. Leipzig 1905.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Bd., 6. u. 7. Aufl., Berlin 1899.

Staudinger, Kommentar zum BGB., 2. Bd., 2. Aufl., München 1904.

Weßberge, Die Rechtsstellung des aus einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschieden oder ausgestoßenen Mitgliedes. Diss. Göttingen 1895.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., 8. Aufl., 1900.

§ 1.

Einleitung.

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch kennt zwei Arten von vertragsmäßigen Personenvereinigungen, die auf die Verwirklichung gemeinschaftlicher selbstgewählter Zwecke gerichtet sind: Vereine und Gesellschaften. Zwischen beiden Gemeinschaftsformen besteht ein erheblicher Unterschied [1]).

Der Verein setzt sich aus einer meist nicht geschlossenen größeren Zahl unbestimmter Mitglieder zusammen und soll nach dem Willen seiner Begründer den Wechsel seiner Mitglieder überdauern, deren Individualitäten regelmäßig hinter dem dauernden Zweck des Verbandes vollkommen zurücktreten. Seinem Wesen und seiner Ausgestaltung nach ist er von vornherein auf Veränderungen in der Zusammensetzung seines subjektiven Substrats berechnet. Für seine Existenz ist daher jegliche Aenderung im Mitgliederbestand unerheblich; infolge seiner von den Gründern gewollten körperschaftlichen Organisation besteht er trotz etwaigen Mitgliederwechsels fort, ohne daß es einer besonderen dahingehenden Bestimmung in der Satzung bedarf.

Dies gilt vom rechtsfähigen wie vom nichtrechtsfähigen Verein. Bei ersterem ist die Zulässigkeit des Mitgliederwechsels außer allem Zweifel: seine Mitglieder sind derart zu einer Einheit verbunden, daß ihre Gesamtheit ein besonderes, sich von allen einzelnen unterscheidendes Rechtssubjekt bildet, das durch einen Personenwechsel nicht berührt wird. Aber auch der nichtrechtsfähige Verein ist von einer Aenderung im Personenbestand ohne eine diesbezüg-

[1]) Prot. II. S. 455; Seuff. Arch. Bd. 62, 130; 63, 346; RG. Bd. 60, 94.

liche Statutenbestimmung unabhängig; denn bei ihm müssen Vereinbarungen über Eintritt und Ausscheiden von Mitgliedern unter Fortbestand der Gemeinschaft „als selbstverständlich getroffen gelten, sobald die Absicht der Vereinsbildung feststeht“ [2]). Wenn auch der Verein ohne Rechtsfähigkeit durch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift (BGB. § 54) den Normen des Gesellschaftsrechts unterstellt ist, so ist und bleibt er doch ein Verein, d. h. ein körperschaftlich organisierter Personenverband: für den Vereinsbegriff aber ist die Fortdauer der Vereinigung bei Mitgliederwechsel wesentlich [3]).

Anders die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Sie ist die Verbindung einer regelmäßig begrenzten Anzahl individuell bestimmter Personen, die durch ihre Individualitäten die Eigenart der Vereinigung näher bestimmen; sie beruht im wesentlichen auf dem wechselseitigen Vertrauen ihrer Mitglieder und ist an deren Personen nach der aktiven wie nach der passiven Seite hin grundsätzlich gebunden [4]). Für ihren Bestand ist deshalb in der Regel die Integrität ihres Personenbestandes wesentlich; tritt ein Wechsel der Mitglieder ein, so muß er als eine wesentliche Aenderung des Gesellschaftsvertrags und als eine den Charakter der Vereinigung zerstörende Tatsache die Auflösung der Gesellschaft notwendig zur Folge haben: Kündigung, Tod und Konkurs eines Gesellschafters bewirken daher regelmäßig die Auflösung der bürgerlichen Gesellschaft (BGB. §§ 723, 727, 728); nur ausnahmsweise läßt das BGB. in den §§ 736, 737 die Gesellschaft unter gewissen, genau bezeichneten Voraussetzungen beim Wegfallen eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen.

Aufgabe der vorliegenden Abhandlung soll es nun sein, das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer im übrigen fortbestehenden bürgerlichen Gesellschaft darzustellen, und zwar sollen

im I. Teil die geschichtliche Entwicklung,
im II. Teil der Begriff und die Arten sowie die Voraussetzungen und der Zeitpunkt und
im III. Teil die Rechtsfolgen des Ausscheidens behandelt werden.

---

[2]) Gierke, Vereine, S. 12.
[3]) Meurer, S. 69, 145/46; Hachenberg, S. 490; Habicht, S. 126.
[4]) Mot. II, 614.

§ 2.

I. Teil.

Die geschichtliche Entwicklung des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft.

Die bürgerliche Gesellschaft des deutschen Rechts unterscheidet sich dadurch, daß sie grundsätzlich in ihrer Existenz von der Individualität ihrer einzelnen Mitglieder abhängig ist und trotzdem in bestimmten Fällen beim Ausscheiden eines Gesellschafters fortbestehen kann, wesentlich von den beiden Assoziationsformen des römischen Rechts, der Korporation und der Sozietät. Während die Korporation durch einen Wechsel ihrer Mitglieder nicht berührt wird, weil sie neben ihren Gliedern ein besonderes Rechtssubjekt bildet[5]), nimmt der societas der Wegfall eines Mitglieds stets die Existenz[6]). Diese unbedingte Abhängigkeit des Bestandes der römischen Sozietät von ihren einzelnen Mitgliedern erklärt sich aus der juristischen Struktur dieser Personengemeinschaft. Die societas bedeutet nämlich einen lediglich schuldrechtlichen Vertrag, durch dessen Abschluß zwischen den Kontrahenten ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis begründet wird; sie erzeugt nur Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter und läßt neben letzteren, die nach außen hin niemals als Einheit auftreten, kein neues selbst-

---

[5]) l. 7. § 2 D. 3, 4: „In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant an pars maneat vel omnes immutati sint."

[6]) l. 59. pr. D. 17, 2: „Morte socii solvitur societas."

ständiges Rechtssubjekt entstehen. Von einem Gesellschaftsvermögen ist keine Rede; soweit sich mit der societas eine communio verbindet, stehen die Gesellschaftssachen im Miteigentum der socii; jeder einzelne von ihnen hat daran einen selbständigen festen Anteil, der einen frei verfügbaren Bestandteil seines Privatvermögens bildet. Sämtliche Gegenstände sind also unter sie geteilt, und nach dem Grundsatz: „Nomina ipso jure divisa sunt“ zerfallen Forderungen und Schulden von Rechtswegen in ebensoviele untereinander unabhängige Teilobligationen, als socii vorhanden sind. Jeder socius kann jederzeit ohne Rücksicht auf die übrigen Teilung des gemeinschaftlichen Vermögens verlangen und über seinen Anteil frei verfügen. Dem einzelnen bleibt also sein individuelles Eigentum erhalten; er ist seinen Genossen gegenüber lediglich obligatorisch berechtigt und verpflichtet[7]). Nur durch persönliche Verpflichtungen wird das Gesellschaftsvermögen für die Zwecke der Gesellschaft zusammengehalten, es ist weder dinglich gebunden noch vom Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter abgesondert. Dadurch aber wird das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander zwar verhältnismäßig einfach gestaltet und dem einzelnen die Verwertung seines Rechts erleichtert, andrerseits aber macht diese individualistische Ausgestaltung der Stellung der socii zu dem zusammengebrachten Vermögen die Existenz der Gesellschaft von der Persönlichkeit des einzelnen dergestalt abhängig, daß sie bei dem Wegfall eines Mitgliedes notwendigerweise zu bestehen aufhört.

Diese Abhängigkeit der societas von der Individualität ihrer Mitglieder ist im römischen und auch noch im gemeinen Recht eine absolute[8]). Ein Abkommen des Inhalts, daß die societas bei Wegfall eines socius fortbestehen solle, ist nicht zulässig, wenigstens nicht in dem Sinn, daß trotz des Ausscheidens des socius die Identität der societas gewahrt bleibt. In einigen Quellenstellen,

[7]) Dertmann, Vorbem. 3a zu Tit. 14, S. 759.

[8]) Bei der societas vectigalium publicorum wird zwar die Existenz der Gesellschaft von dem Wechsel der Gesellschafter nicht berührt; (l. 59 pr. D. 17, 2 und l. 63 § 8 D. 17, 2.) Diese Gesellschaftsform muß hier aber außer Betracht bleiben, weil es sich bei ihr um eine besondere Art der societas handelt, die nicht für die rechtliche Beurteilung der societas im allgemeinen maßgebend sein kann. So auch Kühne, S. 14, Anm. 2.

so z. B. in § 5 J. 4, 25 und l. 65 § 9 D. 17, 2 ist zwar der Satz ausgesprochen, daß beim Abschluß des Gesellschaftsvertrags die Vereinbarung getroffen werden kann, es solle die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters unter den übrigen fortgesetzt werden. Trotzdem aber kann von einer Kontinuität der societas bei deren oben erörterter Rechtsnatur als einer rein obligationenrechtlichen Assoziationsform keine Rede sein; vielmehr ist jene Vereinbarung nach richtiger Auslegung[9]) als eine Erneuerung der Gesellschaft im voraus aufzufassen: im Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter, beim Tode eines Genossen auf der materiellen Grundlage des dadurch gelösten Gesellschaftverhältnisses eine neue Gesellschaft einzugehen. Letztere ist aber stets als eine Neugründung, nicht als eine unveränderte Fortsetzung der alten Gesellschaft anzusehen. An den erwähnten Quellenstellen zeigt sich jedoch deutlich, daß bereits das römische Recht die Erhaltung der Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters nach Möglichkeit anstrebte. Daß es ihm nicht gelungen ist, dieses Ziel zu erreichen und das Dasein der Sozietät von den Personen der Gesellschafter unabhängig zu machen, ist nicht auf formalistische Gründe, wie Crome[10]) behauptet, sondern wie schon ausgeführt worden ist, auf den Rechtscharakter der Sozietät zurückzuführen, der das Ausscheiden eines Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft schlechterdings nicht zuläßt.

Erst die neuere Rechtsentwicklung hat unter Zugrundelegung des deutsch-rechtlichen Prinzips der gesamten Hand dahin geführt, das Ausscheiden eines Gesellschafters in dem Sinne zu ermöglichen, daß der Fortbestand der Gesellschaft davon nicht betroffen wird. Zunächst hat das preußische Landrecht[11]) mit dem römisch-rechtlichen Grundsatz, daß der Tod eines Gesellschafters stets die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben müsse, gebrochen und die unmittelbare Fortsetzung der Gesellschaft beim Wegfall eines Mitgliedes ausdrücklich für zulässig erklärt. Vor allem aber trat im Handelsrecht das Bestreben zu Tage, entsprechend den auf Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft abzielenden Anforderungen des Handels

[9]) so Brinz, Bd. 2, 2, S. 794; Windscheid, Bd. 2, 741.
[10]) Bd. 2, § 283, Anm. 6.
[11]) ALR. I, 17, 278ff. 291/3, II. 8, 658—670.

und Verkehrs den unveränderten Fortbestand der Gesellschaft beim Wegfall eines Teilhabers in weitgehendem Maße zu ermöglichen. Unter Anwendung des Gesamthandsprinzips hat das ADHGB. das Ausscheiden eines Gesellschafters bei Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen gestattet (Art. 127/8), und einen Teil der betreffenden Bestimmungen hat das deutsche BGB. in das Recht der Gesellschaft übernommen," um einem unverkennbaren praktischen Bedürfnis entgegenzukommen" [12]). Diese Entwicklung des Ausscheidens eines Gesellschafters hat in dem jetzt geltenden Hgb. noch weitere Fortschritte gemacht, insofern es unter weitgehender Berücksichtigung der Bedürfnisse des praktischen Lebens die im ADHGB. aufgeführten Fälle des Ausscheidens um zwei (§§ 139, 2 und 141, 2) vermehrt hat.

Alle diese gesetzlichen Vorschriften über das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft haben den Schutz der gemeinschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder zum Zweck: sie sind bestimmt, den Bestand der Gesellschaft vom Willen der einzelnen Gesellschafter sowie allen Zufälligkeiten in ihrer Person unabhängig zu machen und dadurch die fortdauernde Erfüllung und die Erreichung des Gesellschaftszweckes nach Möglichkeit zu sichern. Solange die Gesellschaft von der Individualität ihrer Teilhaber abhängig ist, wird die Erreichung des gemeinsamen Zweckes verhindert oder doch zum mindesten sehr erschwert, und diese Abhängigkeit der Gesellschaft von der Persönlichkeit ihrer Mitglieder wirkt um so störender, wenn die Gesellschaft auf längere Dauer berechnet ist, wie es z. B. bei der offenen Handelsgesellschaft wohl regelmäßig der Fall ist. Jene Abhängigkeit zu beseitigen, wird den Gesellschaftern durch die erwähnten Gesetzesbestimmungen ermöglicht; sie geben ihnen ein Mittel, die Unabhängigkeit des Bestandes der Gesellschaft von dem Wechsel der einzelnen Mitglieder herbeizuführen und so die Vereitelung des Gesellschaftszweckes seitens der einzelnen zu verhindern. Die Gesellschafter sind dadurch in den Stand gesetzt, das Interesse, das sie an der ungestörten Erhaltung und Fortführung des Gesellschaftsunternehmens haben, zu wahren, ohne die wesentlichen wirtschaftlichen Nachteile, die mit der Auflösung und Liquidation der

[12]) Mot. II, 617.

Gesellschaft und der nachfolgenden Gründung einer neuen notwendig verbunden sind, in den Kauf nehmen zu müssen.

Daß das bürgerliche Gesetzbuch diesen Zwecken dienen und den Bedürfnissen des Lebens in weitem Umfang Rechnung tragen konnte, erklärt sich aus der juristischen Gestaltung, welche es der Gesellschaft gegeben hat. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist nämlich nach dem deutschrechtlichen Gesamthandsprinzip konstruiert. Wenn dies auch nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen ist, so sind doch alle aus ihm abzuleitenden Rechtssätze darin zum Ausdruck gekommen[13]), und das Prinzip der gesamten Hand allein vermag die Ausgestaltung der Gesellschaft in allen Punkten ausreichend zu erklären. So läßt sich auch lediglich mit ihm die Erscheinung vereinigen, daß die bürgerliche Gesellschaft, obschon für sie die Individualität ihrer Mitglieder von der größten Bedeutung ist, gleichwohl das Bestreben kennt, einen Wechsel derselben zu überdauern, eine Erscheinung, zu deren Erklärung der Begriff und die Konstruktion der römisch-rechtlichen Sozietät nicht mehr ausreichen. Daher muß man auch auf das Prinzip der gesamten Hand zurückgreifen, wenn man die rechtliche Bedeutung des Ausscheidens eines Gesellschafters völlig erkennen, seine Wirkungen richtig beurteilen und sich etwa zeigende Lücken in den Gesetzesvorschriften ergänzen will. Insbesondere macht sich das Zurückgehen auf das Gesamthandsprinzip auch notwendig, um die Frage beantworten zu können, wie es kommt, daß die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach dem Wegfall eines Gesellschafters unter den übrigen fortbestehen kann. Es soll deshalb zunächst das Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand und sodann die Anwendung des Gesamthandsprinzips bei der bürgerlichen Gesellschaft in den Grundzügen dargelegt werden.

„Die Gemeinschaft zur gesamten Hand ist ein Gemeinschaftsverhältnis, dessen Träger eine genossenschaftlich organisierte Personenmehrheit ist“ [14]). „Ihr Wesen ist eine personenrechtliche Gemeinschaft für vermögensrechtliche Zwecke“ [15]). Die Genossen sind kraft eines personenrechtlichen Verhältnisses miteinander verbunden und in dieser ihrer Verbundenheit, nicht etwa als einzelne sind sie Träger aller

[13]) Prot. II, 428ff.
[14]) Gierke, D. Pr. S. 663.
[15]) Gierke, Th., S. 353.

gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten, gleichwohl aber ist die Gemeinschaft nicht ein von den einzelnen Gesamthändern verschiedenes Rechtssubjekt. Der Personengemeinschaft entspricht eine Vermögensgemeinschaft, und zwar bildet das Vermögen der Gemeinschaft ein Sondervermögen, dessen Bestandteile sich verändern können; es ist belastet mit einer bestimmten Schuldenmasse und nur zu deren Befriedigung, nicht auch zu der Befriedigung der Privatschulden der Gesamthänder bestimmt. Als Sondervermögen ist das Gemeinschaftsvermögen der rechtlichen Einwirkung seiner Träger in ihrer Gesamtheit unterworfen; denn der einzelne hat nur als Glied der Personengemeinschaft an dem gemeinschaftlichen Vermögen teil, er hat aber keine Verfügungsmacht über das Gemeinschaftsvermögen. Es verfügen darüber vielmehr die Genossen in ihrer Verbundenheit, d. i. zur gesamten Hand, und eine Teilung des Vermögens erfolgt erst bei der Auflösung der Gemeinschaft; erst dann steht jedem einzelnen Genossen eine bestimmte Quote zu, „die seiner bis dahin unabgeschiedenen Mitberechtigung entspricht“ [16]).

Das Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand als einer personenrechtlichen Gemeinschaft von vermögensrechtlicher Wirksamkeit ermöglicht auch das Fortbestehen der Gemeinschaft beim Ausscheiden von Genossen. Im Wegfall eines Gemeiners liegt zwar eine wesentliche Aenderung des Personenbestandes der Gemeinschaft ebenso wie im Eintritt eines neuen Gesamthänders; dennoch ist ein Mitgliederwechsel bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand statthaft. Nur erfordert er eine besondere vertragsmäßige Uebereinkunft zwischen den Beteiligten; denn bei ihr entscheidet über alle wichtigen Gemeinschaftsfragen der gemeinsame Wille der Gesamthänder. „Die gesamte Hand kann sich durch Einfügung eines neuen Gemeiners erweitern oder durch Ausscheidung eines bisherigen Gemeiners verengern oder den Ersatz eines Gemeiners durch einen kraft Erbgangs oder Sondernachfolge in seine Stelle rückenden Gemeiner zulassen. Von einer solchen Veränderung bleiben alle Rechtsverhältnisse der Personeneinheit als solcher unberührt“ [17]). Scheidet also auf Grund eines gemeinsamen Beschlusses sämtlicher Gemeiner einer von ihnen

[16]) Gierke, G.-R., II, 948 ff.
[17]) Gierke, D. Pr., S. 691.

aus, so umschließt das personenrechtliche Band, welches bis dahin alle Gesamthänder zufolge ihres gemeinsamen Willens vereinte, nur noch die zurückbleibenden; es wird „nicht aufgelöst und neu geschürzt, sondern nur eine Person losgebunden“ [18]). Das Gesamthandsprinzip läßt sonach einen vertragsmäßigen Personenwechsel zu, der die Existenz der Gemeinschaft nicht berührt.

Dieses Prinzip der gesamten Hand ist auch bei der Gesellschaft des BGB. zur Geltung gekommen [19]). Ihre Grundlage bildet der Gesellschaftsvertrag, der in erster Linie von personenrechtlicher und erst folgeweise von schuldrechtlicher Wirkung ist; er erzeugt nicht nur das obligatorische Gesellschaftsverhältnis unter den Gesellschaftern, sondern vor allem auch eine personenrechtliche Gemeinschaft, mit der sich regelmäßig eine Vermögensgemeinschaft verbindet. Das Gesellschaftsvermögen ist ein von dem Privatvermögen der einzelnen Mitglieder scharf zu scheidendes und ihrer Verfügung entzogenes Sondergut, es ist Gesamtgut aller Gesellschafter und für die Zwecke der Gesellschaft dinglich verbunden. Der einzelne Gesellschafter kann über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen nicht verfügen und ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen (§ 719, 1. BGB.). Ueber die Bestandteile des Gesellschaftsvermögens können nur die Gesellschafter zur gesamten Hand verfügen. Weiterhin kommt die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens auch darin zum Ausdruck, daß der von der Gesellschaft belangte Gesellschaftsschuldner eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung nicht aufrechnen kann (§ 719, 2 BGB.), und dem Privatgläubiger eines Gesellschafters der unmittelbare Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen verwehrt ist. (§ 725 BGB.) Schließlich ist das Gesamthandsprinzip auch in den §§ 736—738 BGB. zur Anerkennung gelangt, welche bestimmen, daß die Gesellschaft nicht aufgelöst werden, sondern fortbestehen soll, wenn ihr Mitgliederbestand sich vertragsmäßig durch Kündigung, Tod oder Konkurs eines Gesellschafters verringert, und daß beim Fortbestehen der Gesellschaft nach dem Wegfall eines Gesellschafters dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst.

[18]) Gierke in Holtzend., I, 937.

[19]) Prot. II, 429. Gierke im Archiv f. bürgerl. Recht 19, 119ff.

II. Teil.

Begriff, Arten, Voraussetzungen und Zeitpunkt des Ausscheidens eines Gesellschafters nach dem BGB.

§ 3.

A. Begriff und Arten des Ausscheidens.

Das BGB. regelt das Ausscheiden eines Gesellschafters und seine Rechtsfolgen in den Bestimmungen der §§ 736—740. In Uebereinstimmung mit dem Genossenschaftsgesetz[20]) versteht es unter dem Ausdruck „Ausscheiden" den Wegfall eines Gesellschafters aus der im übrigen fortbestehenden Gesellschaft[21]). Dabei ist die Art des Ausscheidens gleichgiltig; es macht keinen Unterschied, ob der Gesellschafter die Zugehörigkeit zur Gesellschaft mit seinem Willen zufolge eines in seiner Person eintretenden Ereignisses (Kündigung, Tod oder Konkurs: § 736 BGB.) oder kraft eines Willenaktes der übrigen Gesellschafter (Ausschließung: § 737 BGB.) verliert. Für den letzteren Fall des Ausscheidens gebraucht das Gesetz zwar die besondere Bezeichnung „Ausschließung;" daß aber der allgemeine Begriff des Ausscheidens auch sie mit umfaßt, beweist einmal die

[20]) zu vgl. die Ueberschrift des 5. Abschnittes dieses Gesetzes: „Ausscheiden einzelner Genossen" und die §§ 65 ff.

[21]) Eine umfassendere Bedeutung hat die Bezeichnung „Ausscheiden" in den §§ 24, 139, 2 HGB.; dort umschließt sie alle Fälle, in denen ein Gesellschafter aufhört, Mitglied einer Gesellschaft zu sein, gleichviel ob die Gesellschaft dadurch aufgelöst wird oder trotzdem fortbesteht; zu vgl. Staub, Anm. 2 zu §§ 24, 139 HGB.

Zusammenstellung der für sie gegebenen Vorschriften mit den Bestimmungen der §§ 738—740 BGB., welche die Wirkungen des Ausscheidens eines Gesellschafters im einzelnen regeln: dort ist immer nur vom Ausscheiden eines Gesellschafters bezw. vom Ausscheidenden oder Ausgeschiedenen die Rede, niemals aber werden die Bezeichnungen „Ausscheiden und Ausschließung eines Gesellschafters" bezw. „ausgeschiedener und ausgeschlossener Gesellschafter" nebeneinander gebraucht, wie es in den Art. 129, 3, 5 und 130, 1, 3; 131 ADHGB. der Fall war. Außerdem aber hat die Denkschrift zum HGB. es ausdrücklich ausgesprochen, daß unter den Begriff des Ausscheidens auch die Ausschließung eines Gesellschafters fällt[22]). Im nachstehenden sollen deshalb auch nicht nur die in § 736 BGB. aufgeführten Fälle des Ausscheidens im engeren Sinne, sondern auch die Ausschließung des § 737 BGB. den Gegenstand der Betrachtung bilden.

B. Voraussetzungen des Ausscheidens.

§ 4.

1. Die Fortsetzungsklausel.

Wie sich schon aus der bisherigen Darstellung ergeben hat, bleibt die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht bei jedem Fortfall eines Gesellschafters bestehen: vielmehr geschieht dies nur, wenn das Ausscheiden unter bestimmten Voraussetzungen erfolgt. Deren Art und Umfang festzustellen, ist zunächst unsere Aufgabe.

Das erste Erfordernis für die Zulässigkeit des Ausscheidens eines Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft ist immer eine darauf abzielende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag. Nach § 736 BGB.[23]) setzt nämlich das Ausscheiden eines Gesellschafters eine im Gesellschaftsvertrag getroffene Bestimmung des Inhalts voraus, daß bei Kündigung, Tod oder Konkurs eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, und wenn der Fortbestand der Gesellschaft für den Fall der

[22]) S. 99.

[23]) Fast wörtlich mit § 138 HGB. übereinstimmend.

Kündigung eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, ist nach § 737 BGB. auch die Ausschließung eines Gesellschafters beim Vorliegen eines wichtigen Grundes in seiner Person zulässig.[24]) Fehlt dagegen eine derartige Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, oder ist sie nicht in rechtsgiltiger Weise getroffen, so kann beim Wegfall eines Gesellschafters ein Fortbestehen der Gesellschaft unter den übrigen weder von dem fortfallenden Gesellschafter noch von seinen bisherigen Mitgesellschaftern einseitig ermöglicht werden; es zieht dann vielmehr der Wegfall des Gesellschafters gemäß §§ 723 ff. BGB. von Rechtswegen die Auflösung der Gesellschaft nach sich. Daher soll nun untersucht werden, welchen Anforderungen jene Vertragsklausel genügen muß, wenn sie rechtswirksam sein und das Bestehenbleiben der Gesellschaft trotz des Wegfallens von Mitgliedern ermöglichen soll.

1. Die auf Fortsetzung der Gesellschaft gerichtete Bestimmung der §§ 736, 737 BGB. muß „im Gesellschaftsvertrage" getroffen sein. Als solcher gilt aber nicht bloß der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag, der sog. Gründungsvertrag, der die Grundlage für die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander bildet und darum dieselben bis ins Einzelne durch zahlreiche Bestimmungen zu regeln pflegt, sondern auch jede nachträgliche abändernde oder ergänzende Abrede[25]).

2. Zu einer derartigen nachträglichen Abmachung der Gesellschafter ist ebenso wie zum ursprünglichen Gesellschaftsvertrag grundsätzlich Einstimmigkeit notwendig[26]): es muß also auch der Ausscheidende selbst zugestimmt haben[27]). Ein Majoritätsbeschluß ist nicht für genügend zu erachten, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß Abänderungen oder Ergänzungen desselben von einer Mehrheit beschlossen werden können; denn einmal steht hier eine Vereinbarung in Frage, welche die Grundlage des ganzen Gesellschaftsverhält-

[24]) Davon abweichend die weitergehende Vorschrift des § 140 HGB., die auch ohne eine Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag die Ausschließung gestattet.

[25]) Denkschrift S. 85; Mugdan S. 259.

[26]) A. M. Gösch, S. 16.

[27]) Zu vgl. Staub, Anm. 1 zu § 138 HGB.

nisses betrifft[28]); handelt es sich dabei doch darum, ob die Gesellschaft beim Wegfall eines Gesellschafters aufgelöst werden oder unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Sodann aber ist zu berücksichtigen, daß durch jene Abrede der Anspruch auf Eintritt der Liquidation, den nach den §§ 723 ff. 730 ff. BGB. jeder Gesellschafter für den Fall der Auflösung der Gesellschaft hat, zu einem bloßen Abfindungsanspruch herabgemindert wird; einer solchen Rechtsminderung kann jedoch ein Gesellschafter nicht ohne seine Einwilligung, lediglich durch einen Mehrheitsbeschluß unterworfen worden[29]). Stimmt der Ausscheidende der Vereinbarung zu, so verzichtet er damit auf den ihm an sich zustehenden Liquidationsanspruch und begnügt sich mit dem Abfindungsanspruch.

3. Eine besondere Form ist für den Gesellschaftsvertrag bezw. sein Surrogat nicht vorgeschrieben; es gilt daher auch für die in den §§ 736, 737 BGB. vorausgesetzte Bestimmung im Gesellschaftsvertrag völlige Formfreiheit. Die Vereinbarung kann schriftlich getroffen sein, was wohl in der Regel der Fall sein wird; aber auch Mündlichkeit und sogar stillschweigendes Einverständnis genügt. Von diesem Grundsatz der Formfreiheit tritt auch dann keine Ausnahme ein, wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören. Nagler vertritt zwar in seiner Abhandlung über „die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht“[30]) die Ansicht, daß die Fortsetzungsklausel gemäß § 313 BGB. stets öffentlich zu beurkunden sei, sobald Gesellschaftsgrundstücke in Frage kommen; aber selbst wenn dies nicht der Fall sei, erfordere sie gemäß § 311 BGB. in der Regel öffentliche Beurkundung, da der Abschichtungsvertrag den Inbegriff aller vermögensrechtlichen Beziehungen zum Gegenstande habe. Dieser Ansicht Naglers kann aber m. E. nicht beigepflichtet werden, da durch die Fortsetzungsklausel für den Ausscheidenden keinerlei Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an Gesellschaftsgrundstücken oder eines Bruchteiles seines gegenwärtigen Vermögens begründet wird, wie sie die Vorschriften der §§ 311, 313 BGB. voraussetzen. Eine Verabredung nach den §§ 736, 737

---

[28]) Dernburg, II, 2. S. 536.
[29]) Ansch.-Völd., Z., 1 Abs. 2 zu Art. 127; Lastig, S. 193/4.
[30]) Sächs. Arch. 10, 746.

BGB. bedarf also der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht[31]).

4. Die Fortsetzungsklausel muß nach § 736 BGB. die Anordnung zum Inhalt haben, daß die Gesellschaft im Falle der Kündigung, des Todes oder des Konkurses eines Gesellschafters unter den übrigen fortbestehen soll, während zur Ausschließung gemäß § 737 BGB. nur erforderlich ist, daß das Bestehenbleiben der Gesellschaft für den Fall der Kündigung eines Mitgliedes vereinbart ist. Diese Fortsetzungsabrede kann für alle Gesellschafter gleichmäßig lauten, sie kann sich aber auch nur auf einzelne bestimmte oder unbestimmte Gesellschafter beziehen. Nicht notwendig ist im Falle des § 736 BGB., daß die Vereinbarung ein bestimmtes Ereignis nennt, bei dessen Eintritt in der Person eines Gesellschafters die Gesellschaft fortbestehen soll; sie kann ganz allgemein auf Fortbestehen der Gesellschaft ungeachtet des Ausscheidens eines Gesellschafters gerichtet sein[32]). Doch muß dann klar und unzweideutig daraus hervorgehen, daß sie die Vorschrift des § 736 BGB. im Auge hat[33]).

Es entsteht nun die Frage, ob die Fortsetzungsvereinbarung auch für andere Ereignisse als die in § 736 BGB. aufgeführten getroffen werden darf. Die Frage liegt umso näher, als das BGB. die Gründe, welche zum Ausscheiden eines Gesellschafters führen können, genau angibt, während Art. 127 ADHGB. ganz allgemein vom Ausscheiden eines Gesellschafters sprach. Diese Gründe sind dem Kreis der Auflösungsgründe in den §§ 723 ff. BGB. entnommen, die in der Person eines Gesellschafters eintreten können; nicht mit aufgeführt ist der Fall, daß ein Privatgläubiger eines Gesellschafters nach Maßgabe von § 725 BGB. die Gesellschaft kündigt, und es soll daher zunächst untersucht werden, ob die Fortsetzungsvereinbarung, wie sie in § 736 BGB. zugelassen ist, auch

---

[31]) RG. 65, 227 ff; Knoke im Arch. f. bgl. Recht 20, 183 und in seinem Recht der Gesellschaft S. 91; Staudinger, Bem. II zu § 736 BGB.

[32]) Wie dies nach dem ADHGB. möglich war, das in Art. 127 nicht die jetzt in § 138 HGB. aufgezählten Ereignisse nannte, sondern allgemein vom Ausscheiden eines Gesellschafters sprach.

[33]) Zu vgl. Staub, Anm. 1 zu § 138 HGB.

für diesen Fall getroffen werden kann. Planck[34]) ist der Meinung, daß „hier dasselbe zu gelten habe, wie wenn der Gesellschafter selbst gekündigt hätte"; denselben Standpunkt vertritt auch Staudinger[35]), der jenen Fall ohne weiteres unter § 736 BGB. subsumieren will, weil der Gläubiger „im Grunde doch nur das Kündigungsrecht des gepfändeten Gesellschafters ausübt." Nach dem Wortlaut des § 736 BGB. könnte man dagegen der Ansicht sein, daß es sich um eine exzeptionelle Vorschrift handle, die nur beim Vorliegen der darin aufgestellten Voraussetzungen Anwendung finden könne, eine ausdehnende Auslegung aber nicht dulde[36]). Diese Ansicht ist jedoch m. E. nicht haltbar, denn das Prinzip des Gesetzes im Gesellschaftsrecht geht dahin, daß der gemeinsame Wille der Gesellschafter in allen wichtigen Gemeinschaftsangelegenheiten maßgebend sein soll. Danach ist also „die Individualität der Gesellschafter nur insoweit von Bedeutung, daß ein Wechsel der Gesellschafter ohne Einwilligung der übrigen ausgeschlossen ist"[37]), und das Ausscheiden eines Gesellschafters statthaft, sobald sämtliche Gesellschafter damit einverstanden sind. Es ist daher durchaus gerechtfertigt, daß man eine Fortsetzungsvereinbarung auch für den Auflösungsgrund des § 725 BGB. zuläßt[38]). Wenn auch nicht verkannt werden soll, daß der Privatgläubiger eines Gesellschafters nicht das Kündigungsrecht seines Schuldners ausübt, sondern kraft eigenen Rechtes kündigt, so ist doch nicht einzusehen, warum im Gesellschaftsvertrag nicht auch soll vereinbart werden dürfen, daß bei Kündigung der Gesellschaft seitens eines Privatgläubigers eines Gesellschafters letzterer auszuscheiden hat. Die entsprechende Anwendung des § 736 BGB. auf diesen Auflösungsgrund ist umso weniger bedenklich, als dadurch die Interessen des Privatgläubigers in keiner Weise verletzt werden; denn er hat nur einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters in der Höhe, wie letzterer es bei Auflösung der Gesellschaft im Moment des Ausscheidens erhalten haben würde. Die Erstreckung der Fort-

---

[34]) Anm. 1 zu § 736 BGB.

[35]) Anm. 1d zu § 736 BGB.

[36]) zu vgl. Goldm., Anm. 3b aa zu § 138 HGB. Herg.-Tuch., S. 268.

[37]) Knoke im Arch. f. bgl. Recht 20, 172/3.

[38]) zu vgl. auch Staub, Anm. 5 zu 138 HGB.; Lehm.-R., Nr. 3 zu § 138 BGB.

setzungsklausel auf die Kündigung des Privatgläubigers muß aber ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag ausgesprochen sein; es genügt also nicht die Vereinbarung, daß ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden soll, wenn er kündigt, sondern es muß noch besonders zum Ausdruck kommen, daß das Ausscheiden auch dann einzutreten hat, wenn der Privatgläubiger eines Gesellschafters auf Grund von § 725 BGB. kündigt, denn die Kündigung des Privatgläubigers ist der des Gesellschafters selbst nicht ohne weiteres gleichzustellen. Was aber von der Kündigung des Privatgläubigers eines Gesellschafters gilt, das wird man ob paritatem rationis auch bei der Kündigung der Gesellschaft durch den Ehemann einer Gesellschafterin nach Maßgabe von § 1358 BGB. unbedenklich annehmen können.

Auf Grund des oben S. 15 erwähnten, das Gesellschaftsrecht des BGB. beherrschenden Prinzips wird man aber wohl noch einen Schritt weitergehen und es auch für zulässig erklären dürfen, daß im Gesellschaftsvertrag das Ausscheiden eines Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft auch bei solchen in der Person eines Gesellschafters eintretenden Ereignissen bestimmt werden kann, die an sich die Gesellschaft nicht auflösen; insbesondere wird dies für den Fall des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters zweckmäßig sein. Ebenso ist schließlich auch die Abrede für statthaft zu erachten, daß ein Gesellschafter sofort oder nach Ablauf einer bestimmten Zeit ausscheiden und die Gesellschaft fortbestehen soll; einem Ausscheiden durch freie Vereinbarung steht also nichts entgegen. „Das Gegenteil wäre, wie Staudinger mit Recht hervorhebt, von zu schroffen Konsequenzen begleitet“ [39]).

5. Schließlich ist noch die Frage zu erörtern, ob der in § 736 BGB. erforderte Fortsetzungsbeschluß bereits vor Eintritt des Auflösungsgrundes in der Person eines Gesellschafters gefaßt sein muß [40]). Zunächst läßt schon die Fassung des § 736 BGB. erkennen, daß diese Frage zu bejahen ist; darauf deuten sowohl das Erfordernis der Bestimmung im Gesellschaftsvertrag als auch der Hinweis auf den Eintritt des an sich die Gesellschaft auf-

[39]) Staudinger, Anm. 1d zu § 747 BGB.; Planck, Anm. 1 Abs. 2 zu § 736 BGB.

[40]) Der Fall der Ausschließung nach § 737 BGB. kann hier außer Betracht bleiben, weil bei ihr die aufgeworfene Frage zweifellos zu bejahen ist.

lösenden Ereignisses hin; wenn also die Fortsetzungsabrede rechtswirksam das Ausscheiden eines Gesellschafters herbeiführen soll, muß sie nach dem Wortlaut des § 736 BGB. „im Gesellschaftsvertrag" getroffen sein. Schon daraus ergibt sich, daß die Fortsetzung der Gesellschaft vor Eintritt des Auflösungsgrundes vereinbart sein muß [41]).

Zu demselben Resultat führt auch die Erwägung, daß die Gesellschaft aufgelöst wird, wenn eine derartige Vertragsbestimmung beim Eintritt der in § 736 BGB. angeführten Ereignisse nicht vorhanden ist, und daß ihre Auflösung nicht durch einen nachträglichen Beschluß der übrig bleibenden Gesellschafter rückgängig gemacht werden kann. In diesem Falle ist nur noch eine Neugründung möglich; die neue Gesellschaft kann aber schlechterdings nicht mit der aufgelösten als identisch angesehen werden. Aber selbst wenn nachträglich die auf Fortsetzung der Gesellschaft unter den verbliebenen Gesellschaftern abzielende Vereinbarung zwischen sämtlichen Gesellschaftern, die der Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösuug angehörten, zu Stande kommen sollte, entspricht sie gleichwohl nicht dem Erfordernis des § 736 BGB.; denn von einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag könnte auch dann keine Rede sein.

Außer dem erörterten Fortsetzungsbeschluß ist zum Ausscheiden eines Gesellschafters noch der Eintritt eines Ausscheidungsgrundes erforderlich: nach § 736 BGB. Kündigung, Tod oder Konkurs eines Gesellschafters und nach § 737 BGB. beim Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters die gemeinsame Kündigung der übrigen Gesellschafter.

§ 5.

2. Gründe des Ausscheidens.

a) nach § 736 BGB.

Was die Ereignisse anlangt, bei deren Eintritt die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern kraft der Bestimmung im Gesellschaftsvertrag fortbestehen soll, so sind in § 736 BGB. drei

[41]) OLG. 5, 389; zu vgl. auch Mot. z. BGB. II, 630; Planck, Anm. 1 zu § 736 BGB.; Staub, Anm. 1 zu § 138 HGB.; Goldm., Anm. 1 zu § 138 HGB.

genannt: Kündigung, Tod oder Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters. Diese Ereignisse gehören zu den sog. Auflösungsgründen oder auflösenden juristischen Tatsachen in den §§ 723 ff. BGB.; die ihnen an sich zukommende auflösende Wirkung wird durch den Fortsetzungsbeschluß beseitigt.

1. Anlangend zunächst den Fall der Kündigung eines Gesellschafters, so gelten für die Ausübung des Kündigungsrechtes die Vorschriften der §§ 723—724 BGB. Ist also die Gesellschaft für unbestimmte Zeit abgeschlossen, so kann die Kündigung jederzeit erfolgen. Das Gleiche gilt nach § 724 BGB. bei einer für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangenen oder nach dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzten Gesellschaft. Bei einer auf bestimmte Zeit stillschweigend eingegangenen Gesellschaft hingegen haben die Gesellschafter diese uneingeschränkte Kündigungsbefugnis nicht; eine derartige Gesellschaft wird vielmehr regelmäßig erst mit Ablauf jener Zeitdauer aufgelöst, vorher ist ihre Kündigung nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes nach Maßgabe von § 724 BGB. zulässig.

Ueber die Frage, ob die Kündigung allen Gesellschaftern gegenüber erklärt oder nur an die Geschäftsführer gerichtet werden muß, gibt das BGB. keinen Aufschluß, es hat ihre Entscheidung der Wissenschaft und Praxis überlassen[42]). Während nun nach der herrschenden Lehre[43]) die Kündigung allen Gesellschaftern gegenüber zu erfolgen hat, nimmt Staudinger[44]) an, daß die Kündigung an den oder die jeweiligen geschäftsführenden Gesellschafter zu richten sei. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden; denn einmal beruht das Gesellschaftsverhältnis auf einem unter allen Gesellschaftern geschlossenen Vertrag, und es ist infolgedessen als ein einheitliches anzusehen, so daß es nicht einem einzelnen

---

[42]) Mot. II, 620.

[43]) Planck, Anm. 2 zu § 723 BGB.; Knoke, das Recht der Gesellschaft, S. 107; Oertmann, Anm. 1 Abs. 2 zu § 723 BGB.; Matthias, I, 630; Goldm.-Lil., S. 771; Schollmeyer, S. 155; Scherer, S. 1026; OLG. 9, 11/2.

[44]) Anm. 1b zu § 723 BGB.

oder mehreren von ihnen, sondern nur allen Gesellschaftern gegenüber beseitigt werden kann[45]). Sodann aber ist die Kündigung an den Geschäftsführer allein auch aus dem Grunde nicht für ausreichend zu erachten, weil die Entgegennahme der Kündigung eines Gesellschafters nicht zu den Obliegenheiten der Geschäftsführung gehört. Unter die Geschäftsführung fallen nämlich solche Rechtsakte nicht, welche die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses betreffen[46]). Als ein derartiger Akt ist aber die Kündigung eines Gesellschafters stets aufzufassen, mag nun im Gesellschaftsvertrag das Fortbestehen der Gesellschaft für den Fall der Kündigung vorgesehen sein oder nicht; denn dort bezweckt sie die Lostrennng des Gesellschafters vom Gesellschaftsbande, hier dagegen ist sie auf die Lösung des Gesellschaftsverhältnisses überhaupt gerichtet.

2. Auch für den Fall des Todes eines Gesellschafters kann die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart werden; jedoch kommt § 736 BGB. nur in Frage, wenn die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Von einem Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters im Sinne dieser Vorschrift sowie der vorliegenden Abhandlung ist also keine Rede, wenn im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden soll. Auf Grund einer derartigen Vereinbarung, die nach § 727 BGB. möglich ist, bleibt die alte Gesellschaft zwar auch bestehen, aber der Verstorbene scheidet nicht aus, und die für das Ausscheiden charakteristische Folge der in den §§ 738—740 BGB. geregelten Auseinandersetzung tritt nicht ein, sondern der bezw. die Erben setzen die Persönlichkeit des Erblassers unmittelbar fort.

3. Schließlich kommt nach § 736 BGB. noch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters als Ausscheidungsgrund in Betracht. Es genügt also nicht Zahlungsunfähigkeit oder bloße Ueberschuldung oder erfolglose Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen des Gesellschafters, sondern es muß über sein Vermögen wirklich der Konkurs eröffnet sein.

---

[45]) Planck, a. a. O.

[46]) Dernburg II, 2, S. 616 unter III.

§ 6.

Grund des Ausscheidens nach § 737 BGB.
(Die „Ausschließung.")

Während nach § 736 BGB. die Gesellschaft trotz Kündigung eines Gesellschafters bestehen bleiben kann, gewährt § 737 BGB. die Möglichkeit, einen Gesellschafter, der den anderen einen Kündigungsgrund im Sinne des § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB. gibt, aus der Gesellschaft auszuschließen und sie ohne ihn fortzusetzen, wenn im Gesellschaftsvertrag das Fortbestehen der Gesellschaft für den Fall der Kündigung eines Gesellschafters bestimmt ist. Außer dieser bereits besprochenen Vertragsbestimmung ist also Voraussetzung für das unfreiwillige Ausscheiden eines Gesellschafters, daß in seiner Person ein wichtiger Grund vorliegt, der die übrigen zur Kündigung der Gesellschaft berechtigen würde, und daß ihm die Ausschließung von den anderen Gesellschaftern gemeinschaftlich erklärt wird.

Es ist nun zunächst die Frage aufzuwerfen, was unter einem wichtigen Grund im Sinne des § 723 BGB. zu verstehen ist. Das BGB. zählt im Gegensatz zum ADHGB. Art. 125 nicht einzelne wichtige Gründe auf, sondern überläßt es dem Richter, im konkreten Falle unter Würdigung aller Umstände festzustellen, ob ein wichtiger Grund vorhanden ist[47]). Es nennt nur zwei Beispiele eines wichtigen Grundes, nämlich die vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung einer sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden wesentlichen Verpflichtung seitens eines Gesellschafters und ferner den Eintritt der Unmöglichkeit der Erfüllung einer solchen Pflicht. Ist einer von diesen beiden Gründen gegeben, so ist er auf alle Fälle als genügend und die darauf gegründete Kündigung als zulässig und wirksam anzusehen. Ob im einzelnen Falle eine Verpflichtung wesentlich ist, wird sich nur unter Berücksichtigung des Zwecks der Gesellschaft entscheiden lassen. Hinsichtlich der Unmöglichkeit der Erfüllung einer solchen Pflicht ist zweifelsohne unter analoger Anwendung des § 275,2 BGB. der späteren objektiven Unmöglichkeit

[47]) Mot. II, 619.

das nachträglich eintretende Unvermögen eines Gesellschafters gleichzustellen. Gleichgiltig ist dabei, ob die Unmöglichkeit auf ein Verschulden des Gesellschafters zurückzuführen ist[48]).

Hat ein Gesellschafter den übrigen einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung nach § 723 BGB. gegeben, so sind sie gemeinsam berechtigt, ihn auszuschließen. Es müssen also alle übrigen Gesellschafter gemeinschaftlich von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machen. Einstimmigkeit dürfte jedoch dabei nur dann notwendig sein, wenn im Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse nicht zugelassen sind; hat nach dem Gesellschaftsvertrag Stimmenmehrheit zu entscheiden, so gilt dies auch hinsichtlich der sofortigen Kündigung des § 737 BGB., und es ist gemäß § 709, 2 BGB. im Zweifel die Mehrheit nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen[49]). Die beschlossene Ausschließung erfolgt durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung der treuen Gesellschafter gegenüber dem Auszuschließenden; rechtswirksam ist sie aber nur, wenn sie berechtigt ist. Wird ihre Rechtmäßigkeit im Wege der Klage angefochten, so haben die treugebliebenen Gesellschafter zu beweisen, daß den Voraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht genügt ist[50]). Das ihre Rechtmäßigkeit anerkennende Urteil hat nicht (wie nach § 140 HGB.) konstitutive, sondern nur deklaratorische Wirkung: die Ausschließung erfolgt durch die gemeinschaftliche Erklärung der übrigen Gesellschafter[51]).

§ 7.

3. Zurückbleiben von mehreren Gesellschaftern.

Soll eine Gesellschaft trotz des Wegfalls eines Gesellschafters bestehen bleiben, so ist schließlich naturgemäß immer unerläßliche Voraussetzung, daß bei dem Fortfall des Gesellschafters mehrere, also mindestens zwei Mitglieder übrig bleiben. Denn so wenig eine Gesellschaft ohne alle Gesellschafter denkbar ist, so wenig kann sie nach den allgemeinen Grundsätzen aus nur einer Person bestehen.

---

[48]) Planck, Anm. 1b zu § 723 BGB.
[49]) Planck, Anm. 2c und 4 zu § 737 BGB.
[50]) Planck, Anm. 3 zu § 737 BGB.
[51]) Oertmann, Anm. 2 zu § 737 BGB.

Es kann zwar ein Einzelkaufmann unter Umständen eine Gesellschaftsfirma führen (§ 22ff. HGB.), auch ein rechtsfähiger Verein vorübergehend von einem Mitglied repräsentiert werden (§ 73 BGB.), nicht aber vermag eine einzelne Person die Grundlage für eine Gesellschaft abzugeben, die keine Rechtsfähigkeit besitzt und als persönliches Substrat stets eine Mehrheit von Personen fordert (§ 705 BGB.); es ist daher auch die Anwendung der nur für eine Gesellschaft bestehenden Rechtssätze auf einen Einzelnen ausgeschlossen[52]).

Abgesehen von diesen allgemeinen Gründen spricht dafür, daß mindestens zwei Gesellschafter übrig bleiben müssen, wenn die Gesellschaft beim Ausscheiden eines Mitgliedes bestehen bleiben soll, auch der Umstand, daß das BGB. in den §§ 736—740 übereinstimmend ausdrücklich von den „übrigen Gesellschaftern" redet, unter denen die Gesellschaft fortbestehen soll bezw. fortbesteht. Aus dieser immer gleichmäßig wiederkehrenden Wendung geht in zweifelsfreier Weise hervor, daß im Moment des Ausscheidens dem ausscheidenden Gesellschafter auf der einen Seite eine Gesellschaft, also mindestens zwei zurückbleibende auf der andern gegenüberstehen müssen[53]).

In der Literatur[54]) ist nun mehrfach daraus der anscheinend folgerichtige und selbstverständliche Schluß gezogen worden, daß eine Gesellschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters nur dann fortbestehen könne, wenn mehr als zwei Gesellschafter vorhanden sind, dagegen bei einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Ausscheiden nicht möglich sei. Für den Fall der Ausschließung eines Gesellschafters ist dem zweifellos beizupflichten; hier müssen außer dem auszuschließenden Gesellschafter mindestens noch zwei der Gesellschaft angehören, die den Ausschluß des dritten verlangen und herbeiführen. Bei dem Ausscheiden im engeren Sinn dagegen entsteht die Frage, ob jenem Erfordernis des Zurückbleibens mehrerer Gesellschafter nicht auch genügt ist, wenn aus einer Gesellschaft von zwei Teilhabern einer oder aus einer Gesellschaft von

---

[52]) Gösch, S. 13.

[53]) Planck, Anm. 1, Abs. 3 zu § 736 BGB.; Oertmann, Anm. 1 zu § 736 BGB.

[54]) Knoke, Recht der Gesellschaft, S. 127; Goldm.-Lil. I, 779; Dernburg II, 2, S. 629, Anm. 1.

mehr als zwei Mitgliedern alle bis auf eines austreten, ein anderes aber auf Grund einer Vereinbarung sämtlicher Beteiligten gleichzeitig eintritt[55]). Ehe wir jedoch diese Frage beantworten, müssen wir zunächst die Vorfrage entscheiden, ob der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft überhaupt möglich ist, ohne daß sie dadurch aufgelöst wird. Das BGB. enthält darüber keine Vorschrift. Aus § 727, 1 BGB. ist nur zu entnehmen, daß im Gesellschaftsvertrag für den Fall des Todes eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen vereinbart werden kann, nicht aber, ob in die Gesellschaft ein neuer Gesellschafter unter Lebenden eintreten kann. In der Literatur ist denn auch die Frage nach der Zulässigkeit des Eintritts eines neuen Gesellschafters vielfach erörtert und verschieden beantwortet worden. Die eine Auffassung, die früher besonders von Cosack[56]), Knoke[57]), Oertmann[58]) und Planck[59]) vertreten wurde und von Enneccerus-

---

[55]) Für die offene Handelsgesellschaft ist diese Frage bis vor kurzem in der Literatur (Staub, Anm. 3 zu § 130 HGB.) wie in der Rechtsprechung (ROHG. 14, 151; Bolze 9 n. 478; JW. 1890, 161 n. 12) ohne Einschränkung bejaht worden. Neuerdings aber sind die Meinungen darüber, ob in diesem Falle die offene Handelsgesellschaft als fortbestehend anzusehen ist, geteilt: Das Reichsgericht hat in zwei neueren Entscheidungen (JW. 1899, 675 n. 13; JW. 1901, 845 n. 28) den Standpunkt eingenommen, daß eine Gesellschaft höchstens dann als fortbestehend betrachtet werden könne, wenn der Wille der Beteiligten auf Fortsetzung der Gesellschaft gerichtet und der neue Gesellschafter nach dem Inhalt des abgeschlossenen Vertrags in die fortbestehende Gesellschaft eingetreten sei; andernfalls sei es nicht ausgeschlossen, daß nach Lage des Falles anzunehmen ist, es entstehe eine neue Gesellschaft. Makower (Anm. 1a zu § 130 HGB.) dagegen erklärt die Absicht der Beteiligten für irrelevant und ist der Meinung, daß ein Fortbestand der Gesellschaft im fraglichen Falle überhaupt nicht möglich sei; auf den neu eintretenden Gesellschafter habe nicht § 130, sondern § 28 HGB. Anwendung zu finden, da ein Eintritt „in eine Gesellschaft" nicht vorliege, der Ersatzmann vielmehr in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintrete; er stellt daher die Forderung auf, daß eine Gesellschaft beim Eintritt eines neuen Gesellschafters für Dritte äußerlich erkennbar noch bestehen muß. Diese Forderung ist aber zweifellos erfüllt, wenn, wie hier vorausgesetzt wird, Aus- und Eintritt gleichzeitig erfolgen.

[56]) Bd. II, 389.

[57]) Gesellschaft, S. 131 ff.

[58]) 1. Aufl., S. 467.

[59]) 2. Aufl., S. 480.

Lehmann[60]) noch nicht aufgegeben ist, geht dahin, daß rechtlich eine unmittelbare Fortsetzung der alten Gesellschaft mit dem neueintretenden Gesellschafter nicht möglich sei; es müsse vielmehr die Auflösung der alten Gesellschaft und die Eingehung einer neuen erfolgen. Nach der jetzt herrschenden Ansicht[61]) hingegen berührt der Eintritt eines neuen Gesellschafters die Existenz der Gesellschaft nicht; sie wird mit dem Eintretenden fortgesetzt. Die letztere Anschauung ist m. E. zutreffend. Die Vertreter der ersteren betonen unter Hinweis auf die §§ 717, 723 BGB. besonders, daß die Gesellschaft ein an die Individualität ihrer Mitglieder gebundenes Vertragsverhältnis sei, das den Eintritt eines neuen Gesellschafters unter Fortbestand der alten Gesellschaft nicht zulasse, und daß eine analoge Anwendung der für das Ausscheiden eines Gesellschafters in §§ 736 ff. BGB. gegebenen Vorschriften unstatthaft sei, da es sich insoweit um exzeptionelle Bestimmungen handele, die eine ausdehnende Auslegung nicht duldeten. Wie Planck[64]) aber zutreffend bemerkt, kommt das Individualitätsprinzip nicht mehr in Betracht, „wenn sämtliche Gesellschafter damit einverstanden sind, einen Dritten in ihre Gemeinschaft aufzunehmen;" denn wie bereits des öftern hervorgehoben worden ist, folgt aus dem das Gesellschaftsrecht des BGB. beherrschenden Gesamthandsprinzip, daß der gemeinsame Wille der Gesellschafter über alle wichtigen Fragen des Gesellschaftsverhältnisses entscheiden soll. Es steht also nichts im Wege, daß die Mitglieder einer Gesellschaft die Aufnahme eines neuen Gesellschafters beschließen und die alte Gesellschaft fortsetzen. Dafür spricht insbesondere der Umstand noch, daß die Zulässigkeit des Eintritts eines Gesellschafters in die offene Handelsgesellschaft, auf welche gemäß § 105, 2 HGB. die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft subsidiär Anwendung finden, in den §§ 24, 130 HGB. offensichtlich vorausgesetzt wird.

Wenn nun aus einer Gesellschaft von zwei Mitgliedern eines oder aus einer Gesellschaft von mehr als zwei Mitgliedern gleich-

---

[60]) 2. Aufl. I, 742.

[61]) Planck, Bem. 2 zu § 736 BGB. in der 3. Aufl., S. 772/3; Oertmann, 2. Aufl., Bem. 3b zu § 736 BGB., S. 797 und die dort Cit.

[64]) 3. Aufl., S. 873, Bem. 2 zu § 736 BGB.

zeitig alle bis auf eins austreten und sofort zufolge eines Abkommens sämtlicher Beteiligten ein neuer Gesellschafter aufgenommen wird, muß die alte Gesellschaft als unmittelbar fortgesetzt gelten; denn an die Stelle des Ausscheidenden tritt sofort der neue Gesellschafter, und die Gesellschaft hat jederzeit aus mindestens zwei Gesellschaftern bestanden.

§ 8.

C. Zeitpunkt des Ausscheidens.

Der Zeitpunkt, in dem ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, bestimmt sich je nach dem vorliegenden Ausscheidungsgrunde verschieden; seine genaue Feststellung ist hier deshalb geboten, weil er für den Eintritt der Wirkungen des Ausscheidens und insbesondere auch für die Auseinandersetzung zwischen dem Ausscheidenden und den übrigen Gesellschaftern maßgebend ist.

Nach § 736 BGB. scheidet ein Gesellschafter aus, sobald eines der dort aufgezählten Ereignisse: Kündigung, Tod oder Konkurs in seiner Person eintritt. Maßgebend ist also der Zeitpunkt, in welchem ohne die Fortsetzungsklausel die Gesellschaft durch das betreffende Ereignis nach den §§ 723, 727, 728 BGB. aufgelöst worden wäre.[65]) Der entscheidende Zeitpunkt in den Fällen des § 736 BGB. ist demnach der Eintritt des Todes, der Moment der Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen eines Gesellschafters oder endlich der Augenblick, in welchem die Kündigung des Gesellschafters auch dem letzten Mitgesellschafter zugegangen ist. Ist für die Kündigung im Gesellschaftsvertrag eine Frist vorgesehen, so erfolgt das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters erst in dem Termin, für welchen die Kündigung vertragsmäßig zugelassen ist. Was vom Zeitpunkt des Ausscheidens im Falle der Kündigung eines Gesellschafters gilt, hat auch Geltung, wenn ein Privatgläubiger

---

[65]) Deutlicher bringt dies die Fassung des § 138 HGB. zum Ausdruck, der bestimmt, daß der Gesellschafter „mit dem Zeitpunkt, in welchem mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde", aus der offenen Handelsgesellschaft ausscheidet.

eines Gesellschafters nach § 725 BGB. von dem ihm zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch macht, und die Gesellschaft zufolge analoger Anwendung des § 736 BGB. oder besonderer Vertragsbestimmung fortgesetzt wird, oder wenn der Ehemann einer Gesellschafterin auf Grund von § 1358 BGB. die Gesellschaft kündigt. Erfolgt das Ausscheiden eines Gesellschafters infolge freier Vereinbarung aller Gesellschafter, so verliert er die Zugehörigkeit zur Gesellschaft, sobald die Einigung zwischen sämtlichen Gesellschaftern zustande gekommen oder der für das Ausscheiden bestimmte Termin eingetreten ist.

Wird ein Gesellschafter nach Maßgabe von § 737 BGB. aus der Gesellschaft ausgeschlossen, so scheidet er in dem Augenblick aus, wo ihm die Ausschließungserklärung der übrigen Gesellschafter zugegangen ist. (§ 130 BGB.)

III. Teil.

Wirkungen des Ausscheidens.

§ 9.

Im allgemeinen.

Liegen beim Wegfall eines Gesellschafters die im vorstehenden erörterten Voraussetzungen vor, „so scheidet der Gesellschafter aus der Gesellschaft aus." (§ 736 BGB; ebenso § 138 HGB.) Es kommt also nicht zur totalen Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, wie es regelmäßig geschieht, wenn ein Gesellschafter fortfällt, sondern die Gesellschaft endigt nur in Beziehung auf den Ausscheidenden, der ihr nicht mehr als Gesellschafter angehört; unter den übrigen Gesellschaftern besteht sie dagegen fort[66]: es tritt die sog. partielle Auflösung ein[67].

Die bisherige Gesellschaft bleibt nicht nur tatsächlich bestehen, insofern das Gesellschaftsvermögen und das Unternehmen fortdauern, sondern auch rechtlich bleibt sie erhalten. Die fortbestehende Gesellschaft ist nicht etwa als eine von den zurückbleibenden Gesellschaftern neu begründete, sondern vielmehr als mit der ursprünglichen identisch anzusehen, sie bildet mit dieser „eine ununterbrochene Einheit"[68]. Wenn auch tatsächlich das persönliche Substrat der Gesellschaft, die Personengemeinschaft, durch den Wegfall eines Mitgliedes eine Aenderung erfährt, so wird zwar die Gesamtheit der Gesellschafter als Vielheit, nicht aber als personenrechtliche Einheit eine andere; es ist lediglich eine innere Umwandlung des Personenverbandes eingetreten, der kraft positiver Gesetzesbestimmung juristisch unverändert bestehen bleibt. Daß aber die Identität der Gesellschaft

[66]) zu vgl. Art. 127 ADHGB.
[67]) Herg.-Tuch., S. 292.
[68]) Cosack, Handelsrecht, § 62 Z. 3.

trotz eines Personenwechsels gewahrt bleibt, ist die Folge der gesamthänderischen Struktur, die das BGB. der Gesellschaft gegeben hat. Auf Grund des übereinstimmenden Willens sämtlicher Gesamthänder ist die fortbestehende Gesellschaft dieselbe, die sie vor dem Ausscheiden eines Gemeiners war. Das sämtliche Gesellschafter umschlingende bisherige Band wird beim Ausscheiden eines Genossen nicht gelöst und neu geschürzt, sondern es gibt ihn nur frei, um die übrigen um so fester zu umschließen.

Die Bedeutung des Fortbestandes der Gesellschaft liegt darin, daß die Rechtsverhältnisse der zurückbleibenden Gesellschafter untereinander wie auch Dritten gegenüber weiterbestehen. Für jene bleibt in Ermangelung anderer Bestimmungen der alte Gesellschaftsvertrag maßgebend. Bisweilen wird freilich das Ausscheiden eines Gesellschafters eine Aenderung in der Geschäftsführung oder in der Vertretung der Gesellschaft notwendig machen, so z. B. wenn der Ausscheidende allein die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung hatte oder mit anderen Gesellschaftern zusammen zur Kollektivvertretung berechtigt war, und für derartige Fälle nicht schon im Gesellschaftsvertrag Vorsorge getroffen ist. Insoweit ist aber ein unveränderter Fortbestand der rechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft zur Wahrung ihrer Identität nicht nötig; denn wie die Innenordnung der Gesellschaft während ihrer Dauer jederzeit geändert werden kann, so ist ihre Abänderung auch beim Ausscheiden eines Gesellschafters möglich. Die Frage, ob und inwieweit das Ausscheiden eines Gesellschafters auf die Rechtsstellung der fortbestehenden Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten dadurch Einfluß ausüben kann, daß es möglicherweise auf die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft ungünstig einwirkt, soll hier nicht untersucht werden, da nur die unmittelbaren Rechtsfolgen des Ausscheidens im Rahmen der vorliegenden Abhandlung erörtert werden[69]). Dazu gehören aber vor allem die Wirkungen, welche das Ausscheiden eines Gesellschafters auf seine rechtliche Stellung im Innen- wie im Außenverhältnis der Gesellschaft äußert.

Es liegt auf der Hand, daß das Band, welches bisher den Ausscheidenden mit den übrigen Gesellschaftern verbunden hat, nicht sofort im Moment des Ausscheidens vollständig gelöst wird. Wie

[69]) hierzu vgl. §§ 323, 610, 775, Z. 1 BGB.

die totale Auflösung der Gesellschaft nicht sogleich alle Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander und zu Dritten aufhebt, so werden auch bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters nicht alsbald seine sämtlichen rechtlichen Beziehungen zur fortbestehenden Gesellschaft bezw. zu den übrigen Gesellschaftern beseitigt. Vielmehr wirken die Rechtsbeziehungen, in welche der Ausscheidende infolge seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft zu den übrigen Gesellschaftern und zu Dritten getreten ist, noch nach, und erst allmählich können sie vollständig gelöst werden. Zum Zwecke ihrer völligen Lösung findet zwischen dem Ausscheidenden und den übrigen Gesellschaftern eine Auseinandersetzung statt, die für den ersteren wieder eine Anzahl von Rechten und Pflichten neu begründet. Aber diese neuen Rechtsbeziehungen zielen sämtlich ihrer Natur und ihrem Inhalt nach lediglich darauf ab, die gänzliche Trennung beider Parteien herbeizuführen.

Diese Auseinandersetzung, die in der Literatur bisweilen auch mit den Ausdrücken: Abschichtung, Auskehrung oder Abfindung bezeichnet wird[70]), ist im BGB. in den §§ 738—740 geregelt, deren Vorschriften ebenso wie die Bestimmungen über die Liquidation der Gesellschaft in §§ 730ff. BGB. dispositiver Natur sind. Die Art und Weise der Auseinandersetzung kann also jederzeit abgeändert werden; Aenderungen können bereits im Gesellschaftsvertrag oder auch noch nach dem Ausscheiden zwischen den Beteiligten vereinbart werden. Es kann daher verabredet werden, daß der Ausscheidende überhaupt keine Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen haben soll, oder daß er gegen Zahlung einer bestimmten Abfindungssumme auf die ihm gesetzlich zustehenden Rechte verzichtet. Eine solche abweichende Vereinbarung muß auch der Gläubiger, der den Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen gepfändet und die Gesellschaft gekündigt hat, gegen sich gelten lassen, da er nur auf dasjenige, was seinem Schuldner zukommt, Anspruch hat. An Abmachungen, die erst nach der Kündigung getroffen worden sind, ist er jedoch nicht gebunden; denn durch die Kündigung hat er ein unentziehbares Recht auf das seinem Schuldner im Zeitpunkt der Kündigung zustehende Auseinandersetzungsguthaben erlangt[71]).

---

[70]) Crome, § 285, S. 800.

[71]) Knoke, Recht der Gesellschaft, S. 116.

A. Wirkungen des Ausscheidens im Innenverhältnis.

§ 10.

1. Das Erlöschen der Mitgliedsrechte und -pflichten des Ausscheidenden.

1. Der Ausscheidende hört im Moment seines Ausscheidens auf, Gesellschafter zu sein, und mit dem Verlust der Mitgliedschaft in der Gesellschaft lösen sich notwendigerweise seine bisherigen persönlichen Rechtsbeziehungen zu den übrigen Gesellschaftern. Es gehen alle seine gesellschaftlichen Rechte und Pflichten unter, soweit sie unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag und der durch ihn begründeten personenrechtlichen Verbindung der Gesellschafter beruhen. Neue Mitgliedsrechte und -pflichten aber können für ihn nicht mehr zur Entstehung gelangen; denn vom Augenblick seines Ausscheidens ab steht er der fortbestehenden Gesellschaft als Dritter gegenüber.

Der Ausscheidende ist also nicht mehr verpflichtet, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern; insbesondere hat er nicht mehr die Pflicht, die vereinbarten Beiträge für die Folgezeit zu leisten und dem Gesellschaftszweck zuwiderlaufende sowie das Gesellschaftsunternehmen schädigende Handlungen zu unterlassen. Ferner entfällt für ihn die Sorgfaltpflicht des § 708 BGB. und die Verpflichtung zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft; auch hat er nicht mehr die Pflicht, den Gesellschaftern Einsicht in den Stand der Gesellschaftsangelegenheiten zu gewähren und nicht gegen den Widerspruch der nach § 711 BGB. dazu berechtigten Gesellschafter zu handeln. Gleichzeitig erlöschen für den Ausscheidenden auch die diesen Pflichten inhaltlich entsprechenden Rechte. Alle diese Rechte und Pflichten gehen mit dem Ausscheiden unter, weil sie unselbständige Begleiterscheinungen der Mitgliedschaft sind.

Soweit dieselben aber bereits aus dem unmittelbaren Zusammenhang mit der Mitgliedschaft gelöst sind, bleiben sie auch

nach dem Ausscheiden bestehen. Sonstige Rechte und Pflichten, die für die Gesellschafter als solche erst auf Grund eines besonderen individuellen Titels erwachsen, werden durch das Ausscheiden nicht berührt[72]).

2. Das Ausscheiden eines Gesellschafters wirkt aber nicht nur auf seine rein persönliche Rechtsstellung im Rahmen der Personengemeinschaft, sondern zugleich auch auf seine aus ihr fließende güterrechtliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Um jedoch die güterrechtlichen Wirkungen des Ausscheidens beurteilen zu können, bedarf es zunächst einer genauen Betrachtung der rechtlichen Natur des Gesellschaftsvermögens und der Beziehungen, in welchen der einzelne Gesellschafter dazu während der Dauer seiner Mitgliedschaft steht.

Was alles zum Gesellschaftsvermögen gehört, ist in § 718 BGB. erschöpfend aufgezählt. Darnach setzt es sich aus den von den Gesellschaftern geleisteten[73]) Beiträgen, den durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen, ferner aus dem Erwerb auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts und schließlich aus dem Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes zusammen. Die Beiträge der Gesellschafter werden jedoch nur insoweit Bestandteile des Gesellschaftsvermögens, als sie in Gegenständen bestehen; daher können Beiträge, die in der Leistung von Diensten bestehen, nicht gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter werden[74]). Soweit die Beiträge aber Bestandteile des Gesellschaftsvermögens sein können, ist es möglich, daß sie dem Rechte nach (quoad sortem) oder nur dem Gebrauche und der Nutzung nach (quoad usum) eingebracht werden; in letzterem Falle gehören nur die Nutzungs- oder Gebrauchsrechte zum Gesellschaftsvermögen. Es sind aber nicht Bestandteile desselben der Besitz und die Schulden der Gesellschaft[75]); denn sie sind keine Gegenstände, keine Objekte des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs. Demnach umfaßt das Gesellschaftsvermögen

---

[72]) Gösch, S. 35/7.
[73]) RG. 54, 306.
[74]) Knoke, Recht der Gesellschaft, S. 77.
[75]) Sohm, Gegenstand, S. 41.

weder die Gesamtheit der Gesellschaftsrechte und -pflichten, noch das sog. Reinvermögen, sondern lediglich einen Inbegriff von Gegenständen, der den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht, also das Aktivvermögen der Gesellschaft als „die Gesamtheit der den Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehenden Vermögensrechte[76])."

Anlangend die Rechtsnatur des Gesellschaftsvermögens, so ist zunächst hervorzuheben, daß es als Ganzes Rechtsobjektivität nicht besitzt; es ist kein Gegenstand im Sinne des BGB.: weder ist Besitz noch Eigentum noch sonst ein dingliches Recht an dem Gesellschaftsvermögen als Ganzem möglich, sondern immer nur an den einzelnen Vermögensbestandteilen[77]). Daher ist auch eine Verfügung im Sinne des BGB. über das Gesellschaftsvermögen nicht zulässig, wohl aber über die einzelnen es bildenden Gegenstände. Daß letztere den Gesellschaftern gemeinschaftlich gehören, beweist einmal der Wortlaut des § 719 Abs. 1 BGB., der von dem Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen spricht; ferner zwingt zu dieser Auffassung vor allem § 706 Abs. 2 BGB., wonach vertretbare und verbrauchbare Sachen im Zweifel „gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter" werden. Schließlich ist noch zu berücksichtigen, daß weder die Sachgesamtheit noch die Rechtsgesamtheit als Gegenstände anzusehen sind und als eine Einheit niemals den Regeln des Sachenrechts unterliegen[78]).

Die Art der gemeinschaftlichen Berechtigung der Gesellschafter hinsichtlich der einzelnen Gegenstände ist im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt. Es ist jedoch aus § 719 Abs. 2 BGB. zu entnehmen, daß die einzelnen Vermögensbestandteile den Gesellschaftern anteilig zustehen, und des weiteren folgt diese anteilige Berechtigung der Gesellschafter auch aus den nachstehenden Erwägungen: Da man davon auszugehen hat, daß die Gesellschaft kein von ihren Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt ist und als solche kein Vermögen haben kann, so ist das Gesellschaftsvermögen nicht selbständiges Vermögen der Gesellschaft, sondern „gemeinschaftliches Vermögen der

---

[76]) Goldm.-Lil., § 197 Z. 4, S. 758.

[77]) Knoke, Recht der Gesellschaft, S. 92; Goldm.-Lil., S. 759.

[78]) zu vgl. §§ 1035, 1085 BGB.

Gesellschafter" zur gesamten Hand (§ 718, 1 BGB.); es stellt sich als ein allen Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit nach den Grundsätzen der Gemeinschaft zur gesamten Hand gehörendes Sondergut dar, das nach innen und nach außen für die Gesellschaftszwecke dinglich gebunden ist: weder kann ein Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen, noch ist er berechtigt, Teilung zu verlangen (§ 719, 1 BGB.). Ferner ist dem Privatgläubiger des Gesellschafters während des Bestands der Gesellschaft nicht gestattet, dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen in Anspruch zu nehmen; auch ist die Aufrechnung einer Forderung, die ein Gesellschaftsschuldner an einen Gesellschafter hat, gegen die zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderung ausgeschlossen. Das Gesellschaftsvermögen ist also für die gemeinsame Verfügung der Gesellschafter aus ihrem Privatvermögen ausgesondert; lediglich die gesamte Hand aller Gesellschafter ist darüber verfügungsberechtigt. Durch diesen Hinweis auf das Gesamthandsverhältnis, welches im Gesellschaftsrecht des BGB. zur Anerkennung gelangt ist, ist freilich für die Bestimmung der Art der Berechtigung der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen noch nichts gewonnen; ist doch das Gesamthandsverhältnis nicht ein einheitliches Rechtsinstitut, sondern ein „einer Fülle von Rechtsinstituten gemeinsames Gedankenelement"[79]) und seine Bedeutung im einzelnen Falle bestritten. Soviel aber ist bei der Gesellschaft des BGB. infolge des Mangels eines besonderen Rechtssubjektes jedenfalls gewiß, daß jedem Gesellschaftsmitgliede ein Anteil an den einzelnen Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens zusteht; denn „Zuständigkeit desselben ungeteilten Rechts an mehrere Rechtssubjekte ist ein Widerspruch in sich selbst[80])." Mit Recht wird deshalb für die Gesellschaft des BGB. die von Gierke[81]), Staub[82]) und wiederholt auch vom Reichsgericht[83]) vertretene Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung abgelehnt, wonach das Gesellschaftsvermögen sämtlichen Gesellschaftern un-

[79]) Gierke, Gen.-Th., S. 342 ff.; 352.
[80]) Sohm, Gegenstand, S. 62.
[81]) Gen.-Th., S. 344.
[82]) Exkurs zu HGB. § 122, Anm. 12.
[83]) RG. 25, 256; 30, 150; 56, 206 ff.

geteilt zusteht, und es „kein Partikelchen der Sache" gibt, „welches — reell wie ideell gedacht — nicht zugleich den anderen Gesellschaftern gehörte[84])." Aber auch der Ansicht von Jörges[85]), der beim Gesamthandsverhältnis eine Mitberechtigung der Gesamthänder an den einzelnen Gegenständen des Gesamtvermögens nach Bruchteilen annimmt und wegen der durante societate mangelnden Verfügungsbefugnis des einzelnen Gesamthänders von „gebundenem Miteigentum" spricht, ist nicht beizupflichten, weil, wie Sohm[86]) zutreffend hervorhebt, „das Wesen der Bruchteilsberechtigung nach dem Gesetz in der Verfügbarkeit besteht." Nach Sohm[87]) stehen bei der Gesellschaft des BGB. dem einzelnen Gesellschafter nicht Bruchteile im Rechtssinn, sondern Anteile kraft Personenrechts zu, die durch personenrechtliche Vorgänge erworben und verloren werden; sie sind unselbständige „Begleiterscheinungen des personenrechtlichen Verhältnisses der Mitgliedschaft". Wenn das BGB. außer von dem Anteil an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens auch von einem Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen spricht, so bezeichnet es damit lediglich die Mitberechtigung an dem gemeinschaftlichen Vermögen, soweit sie durch die Mitgliedschaft in dem Personenverbande zur Geltung kommt; der Anteil am Gesellschaftsvermögen bedeutet also ein personenrechtliches Verhältnis, nämlich „die Mitgliedschaft in der mit Gütergemeinschaft ausgestatteten Personengemeinschaft[88])". Mit dem Erwerb oder Verlust der Mitgliedschaft wird auch der Anteil an den einzelnen Stücken des Gesellschaftsvermögens erworben oder verloren. Das beweist vor allem § 738 BGB., der von dem in § 719, 1 BGB. aufgestellten Grundsatz der Verfügungsunfreiheit des einzelnen Gesellschafters keine Ausnahme macht und in konsequenter Durchführung des Gesamthandsprinzips bestimmt, daß der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen ihm ab- und den übrigen Gesellschaftern zuwachsen soll. Es kann demnach auch der ausgeschiedene Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschafts-

[84]) RG. 9, 144.
[85]) Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. 49, 140ff.; 51, 47ff.
[86]) Gegenstand, S. 70.
[87]) Gegenstand, S. 60ff.
[88]) Sohm, Gegenstand, S. 67.

vermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen ganz oder teilweise verfügen oder Teilung des Gesamtguts verlangen; sein Anteil wächst vielmehr kraft Gesetzes den übrigen Gesellschaftern zu, ohne daß es eines besonderen rechtsgeschäftlichen Uebertragungsaktes bedarf[88a]). Zugleich mit der Mitgliedschaft in der personenrechtlichen Vereinigung verliert der Ausscheidende die Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen[89]). Subjekt des Gesellschaftsvermögens, das als ungeteilte Einheit erhalten bleibt, sind nur noch die verbleibenden Gesellschafter; sie allein sind hinsichtlich aller Bestandteile des Gesellschaftsvermögens nunmehr gesamtberechtigt. Ipso jure vollzieht sich die Anwachsung nicht nur bei den dazu gehörigen beweglichen Sachen und Forderungen, sondern auch bei den Gesellschaftsgrundstücken und den dinglichen Rechten der Gesellschaft an Grundstücken Dritter; auch hier bedarf es keiner rechtsgeschäftlichen Uebertragung (im Sinne des § 873 BGB.). Durch die Anwachsung wird zwar bei unbeweglichen Sachen das Grundbuch unrichtig, da gemäß § 48 GBO. sämtliche bisherigen Gesellschafter unter Angabe des Gesellschaftsverhältnisses als Berechtigte eingetragen sind; nach § 894 BGB. können aber die zurückbleibenden Gesellschafter von dem Ausgeschiedenen die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen[90]).

§ 11.

2. Rechte und Pflichten des Ausscheidenden der Gesellschaft gegenüber.

Nachdem wir das Erlöschen der Mitgliedsrechte und -pflichten des ausscheidenden Gesellschafters dargelegt haben, sind die weiteren Rechtsfolgen des Ausscheidens im Innenverhältnis zu besprechen.

[88a]) Ueber die Rechtsnatur der Anwachsung zu vgl. Nagler a. a. O. S. 740ff; Jörges, a. a. O. 51, 79.

[89]) Entw. I zum BGB. § 658, 4 gab den zurückbleibenden Gesellschaftern nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Ausgeschiedenen auf Uebertragung seines Anteils an den gemeinschaftlichen Gegenständen.

[90]) Bei der offenen Handelsgesellschaft hingegen wird das Grundbuch trotz der Anwachsung nicht unrichtig, da hier die Gesellschaft unter ihrer Firma als Berechtigte eingetragen ist, und die Personen ihrer Teilhaber nicht durch das Grundbuch, sondern durch das Handelsregister ausgewiesen werden.

Es handelt sich dabei um die einzelnen Rechte und Pflichten des Ausscheidenden, wie sie in den §§ 738—740 BGB. geregelt sind. Im Verlauf der Untersuchung wird sich zeigen, daß diese Rechtsfolgen denen der Auflösung vielfach analog sind, und die Art und Weise ihrer Regelung deutlich das Bestreben des Gesetzgebers erkennen läßt, den Fortbestand der Gesellschaft möglichst zu sichern.

1. Zunächst soll das Recht des Ausscheidenden auf Rückgabe der Gegenstände betrachtet werden, die er auf Grund des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat. Nach § 738,1 S. 2 BGB. sind die zurückbleibenden Gesellschafter „verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben."

Wie wir bereits in § 10 oben gesehen haben, kann der Ausscheidende die von ihm quoad sortem eingebrachten Gegenstände nicht zurückverlangen, sie gehören zum Gesellschaftsvermögen und unterliegen dem Anwachsungsrecht des § 738 BGB. Anders verhält es sich mit den von dem Ausscheidenden nur quoad usum eingeworfenen Gegenständen: sie sind bei der Einbringung nicht gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter geworden, sondern Eigentümer derselben ist der Ausscheidende oder der Dritte geblieben, der sie ihm zur Illation quoad usum überlassen hatte; sie sind es auch, die die Gefahr des Untergangs und der Wertminderung der Gegenstände tragen. Es ist also nur das Recht der Benutzung Bestandteil des Gesellschaftsvermögens geworden, die Gegenstände selbst gehören nicht dazu. Wie nun jenes Benutzungsrecht der Gesellschaft nicht sofort mit ihrer Auflösung, sondern erst mit Beendigung der Liquidation endigt, so würde es an sich auch nicht ohne weiteres bei dem Ausscheiden des Gesellschafters erlöschen, der die Gegenstände der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat. Weil aber meist ihre Ueberlassung nur für die Dauer der Zugehörigkeit des Inferenten zur Gesellschaft beabsichtigt ist, ordnet das Gesetz ihre Rückgabe an den Ausscheidenden an. Jene Gegenstände sind ihm nach Maßgabe von § 732 BGB. in Natur zurückzugeben oder zu ersetzen; nicht aber steht dem Ausscheidenden ein Anspruch auf Vergütung für die Ueberlassung der Benutzung gegen die übrigen Gesellschafter zu, wie aus § 733,2, S. 2 BGB. zu

entnehmen ist. Diese Vorschrift bestimmt nämlich für die Auseinandersetzung im Falle der Auflösung, daß Einlagen, die in der Benutzung von Gegenständen bestehen, nicht zu erstatten sind; ihrer analogen Anwendung auf die Abschichtung des Ausscheidenden steht nichts im Wege.

Den Rückgabe- bezw. Ersatzanspruch hat der Ausscheidende ohne Rücksicht darauf, ob er Eigentümer der von ihm zur Benutzung eingeworfenen Gegenstände ist oder nicht; denn der ihm in § 738 BGB. gegebene Anspruch ist kein dinglicher, sondern ein obligatorischer, der dem früheren Gesellschaftsverhältnis entspringt[91]). Sind die Gegenstände sein Eigentum oder seinem Nießbrauchsrecht unterworfen, so hat er zweifellos auch die dingliche Klage auf ihre Rückgewähr (§§ 985, 1065, 1068,2 BGB.); soweit dies aber nicht der Fall ist, steht ihm lediglich der obligatorische Anspruch aus § 738 BGB. zu.

Der Inhalt des Rückgabeanspruchs bestimmt sich nach § 732 BGB., also nach den bei der Auflösung der Gesellschaft zur Anwendung kommenden Regeln. Darnach sind dem Ausscheidenden seine quoad usum-Einlagen in Natur zurückzugeben. Ist ihre Rückgabe nicht möglich, weil sie abhanden gekommen oder untergegangen sind, oder sind sie verschlechtert, so kann der Ausscheidende Ersatz nicht verlangen, wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe oder die Verschlechterung auf Zufall beruhen; dagegen hat er einen Ersatzanspruch, falls der Abgang oder die Verschlechterung auf ein nicht von ihm zu vertretendes Verschulden zurückzuführen ist. Dieser Ersatzanspruch richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen in den §§ 275 ff., 280, 281 BGB. gegen sämtliche zurückbleibenden Gesellschafter, wenn der Untergang oder die Beschädigung der Gegenstände durch schuldhafte Verletzung der im Gesellschaftsvertrag übernommenen Rückgabepflicht seitens aller Gesellschafter oder der Geschäftsführer verursacht wurde[92]). Ist der Abgang oder die Verschlechterung seitens eines Gesellschafters herbeigeführt worden, dem die Geschäftsführung nicht zustand, so haftet nach §§ 280, 325 BGB. nur dieser, während die anderen gemäß § 275 BGB.

---

[91]) Oertmann, Bem. 1a zu § 738 BGB.
[92]) Planck, Bem. 2 zu § 732 BGB.

frei werden, da für sie die Unmöglichkeit der Rückgabe in unversehrtem Zustande auf Zufall beruht.

Schließlich ist noch die Frage aufzuwerfen, was im Sinne des § 732 BGB. unter Zufall zu verstehen ist, ob insbesondere auch culpa levis als Zufall zu verstehen ist, wenn ein Gesellschafter bei Erfüllung der ihm obliegenden gesellschaftlichen Pflichten die quoad usum-Einlagen des Ausscheidenden beschädigt oder ihren Abgang verursacht hat. Diese Frage liegt sehr nahe, da die Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten einander nur für diligentia quam suis haften (§ 708 BGB.), und der Ersatzanspruch des Ausscheidenden sich auf das frühere Gesellschaftsverhältnis gründet. Nimmt man an, daß ein Ersatzanspruch auch dann bestehen soll, wenn ein Gegenstaud durch culpa levis eines Gesellschafters in Abgang gekommen oder verschlechtert ist, so liegt darin eine Durchbrechung des für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander geltenden Prinzips der beschränkten Haftung, und ein zwingender Grund, von diesem Prinzip im vorliegenden Falle abzugehen, ist nicht zu erkennen. Wenn auch die Begriffe „Zufall" und „Verschulden" auf den ersten Blick als absolute Gegensätze erscheinen mögen, die sich gegenseitig ausschließen, so sind es in Wirklichkeit doch nur „rein relative Beziehungen für das Maß der Verantwortlichkeit," welches Gesetz oder Vertrag der einen oder andern Person auferlegt[93]); denn als Zufall sind alle Ereignisse zu betrachten, „die außerhalb des gesetzlich oder vertragsmäßig abgesteckten Haftungsgebiets eintreten" [93a]). Da nun die culpa levis eines Gesellschafters jenseits der vom Gesetz in Gesellschaftsangelegenheiten statuierten Haftung liegt, so muß man auch ein Verschulden, das sich nur als culpa levis kennzeichnet, als Zufall im Sinne des § 732 BGB. ansehen[94]). Es kann also der Ausscheidende für einen Gegenstand, der durch culpa levis eines Gesellschafters im Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte in Abgang gekommen oder verschlechtert ist, Ersatz nicht verlangen; ist jedoch die Verletzung von einem Gesellschafter nicht bei Erfüllung einer ihm als solchem obliegenden Verpflichtung herbeigeführt worden, so sind die allgemeinen Haftungsgrundsätze maßgebend. (§§ 276ff., 823ff. BGB.)

---

[93]) Gösch, S. 39.

[93a]) Endemann, I, 644.

[94]) so auch Gösch, S. 39.

2. Während bei der totalen Auflösung der Gesellschaft nach Aussonderung der quoad usum-Einlagen die gemeinschaftlichen Schulden zu berichtigen sind (§ 733 BGB.), kann der Ausscheidende auf Grund von § 738,1, S. 2 BGB. von den übrigen Gesellschaftern nur verlangen, daß er von den „gemeinschaftlichen Schulden" befreit wird. Darunter sind ebenso wie in § 733 BGB. alle Gesellschaftsverbindlichkeiten zu verstehen, die aus Anlaß des Betriebs der Gesellschaft für alle Gesellschafter als solche begründet sind[95]) und im Zeitpunkt des Ausscheidens noch bestehen; sonstige gemeinsame Schulden, die sich nicht auf das Gesellschaftsverhältnis gründen, kommen nicht in Betracht. Dieser Befreiungsanspruch hat seinen Grund darin, daß der Ausscheidende durch sein Ausscheiden der ihn persönlich treffenden Haftung für jene Schulden nur nach innen, nicht aber auch nach außen ledig wird: der Gesellschaftsgläubiger kann sich jederzeit noch an ihn halten, er braucht sich nicht auf das Gesellschaftsvermögen oder die übrigen Gesellschafter verweisen zu lassen[96]). Da aber der Ausscheidende seines Anteils am Gesellschaftsvermögen zu Gunsten der übrigen Gesellschafter verlustig geht, und außerdem sein Anteil an den Gesellschaftsschulden bei der Berechnung seines Auseinandersetzungsguthabens mit berücksichtigt wird, ist es nur recht und billig, daß ihm das Gesetz in § 738,1, S. 2 den sog. Befreiungs- oder Exneruationsanspruch[97]) gegen die Mitglieder der fortbestehenden Gesellschaft gewährt.

Der Zweck des Liberationsanspruchs ist, den Ausscheidenden gegen eine Inanspruchnahme seitens der Gesellschaftsgläubiger zu schützen. Die Befreiung selbst geschieht dadurch, daß die zurückbleibenden Gesellschafter das Erlöschen der persönlichen Haftung des Ausscheidenden für die einzelnen Gesellschaftsverbindlichkeiten herbeiführen, indem sie entweder die Gesellschaftsgläubiger befriedigen oder wenigstens dazu beistimmen, den Ausscheidenden aus seiner Haftung zu entlassen. Auf welchem Wege die Befreiung im einzelnen Falle erfolgt, ist für den Ausscheidenden gleichgiltig; eine bestimmte Art der Befreiung, insbesondere Bezahlung der Gesell-

---

95) Planck, Bem. 1 zu § 733 BGB.
96) Planck, Bem. 5 zu § 738 BGB.
97) so Nagler im Sächs. Arch. 10, 740.

schaftsschulden kann er nicht verlangen[98]). Er ist nur berechtigt zu fordern, daß er von seiner persönlichen Haftung befreit wird[99]), und dieses Recht steht ihm ohne Rücksicht darauf zu, ob sich für ihn bei der Auseinandersetzung ein Guthaben ergibt oder nicht; auch neben einer Verpflichtung zur Zahlung eines Passivsaldos hat er den Befreiungsanspruch; denn auch im Passivsaldo ist sein Anteil an den Gesellschaftsschulden mit berücksichtigt.

Der Liberationsanspruch ist rein obligatorischer Natur: er ist auf ein bestimmtes positives Tun der übrigen Gesellschafter gerichtet und hat nur das Bestehen von gemeinschaftlichen Schulden zur Voraussetzung. Ihr Beweis liegt bei Geltendmachung des Anspruchs selbstverständlich dem Ausgeschiedenen ob[100]). Die Vollstreckung eines von ihm gegen die übrigen Gesellschafter erlangten Urteils auf Befreiung hat nach § 887 CPO. zu erfolgen, da es sich bei ihr um eine vertretbare Handlung handelt[101]).

Den Anspruch auf Befreiung hat der Ausgeschiedene sowohl bei fälligen als auch bei noch nicht fälligen Gesellschaftsschulden. Bei letzteren können die übrigen Gesellschafter nach § 738,1, S. 3 BGB. dem Ausgeschiedenen auch Sicherheit leisten, statt ihn zu befreien; sie haben also ein Wahlrecht, die sog. facultas alternativa: Sie sind lediglich zur Befreiung verpflichtet, und der Ausgeschiedene hat nur einen Anspruch auf Befreiung; die verbleibenden Gesellschafter können sich aber von ihrer Verpflichtung auch dadurch befreien, daß sie eine andere Leistung erbringen, die sie nicht schulden; sie können ihm nämlich nach §§ 232 ff. BGB. Sicherheit dafür leisten, daß ihm durch eine eventuelle Inanspruchnahme aus noch nicht fälligen Gesellschaftsschulden kein Schaden erwächst. Unrichtig ist die Ansicht von Cosack[102]), Planck[103]) u. a., daß der Ausgeschiedene wegen der noch nicht fälligen Gesellschaftsschulden Sicherheitsleistung beanspruchen könne. Er hat vielmehr stets nur einen Anspruch auf Befreiung von einer Gesellschaftsverbindlichkeit,

---

[98]) abw. Oertmann, Bem. 2 zu § 738 BGB.
[99]) Goldm.-Lil., 1, 781, Anm. 19 zu § 200.
[100]) Goldm.-Lil., 1, 781, Anm. 19 zu § 200; RG. 60, 155 ff.
[101]) zu vgl. JW. 87, 94.
[102]) Bd. 2, § 269, A. 7.
[103]) Bem. 2b zu § 738 BGB. a. E.

sobald er den Nachweis ihres Bestehens erbracht hat; leisten die übrigen Gesellschafter ihm Sicherheit, so üben sie ein ihnen zustehendes Wahlrecht aus, nicht aber sind sie zur Sicherheitsleistung verpflichtet[104]). Durch Leistung der Sicherheit, die nach Maßgabe der §§ 232 ff. BGB. zu erfolgen hat, werden sie von ihrer Pflicht zur Befreiung des Ausgeschiedenen liberiert, und es kann sich letzterer nur noch an die Sicherheit halten, falls er nach erfolgter Sicherheitsleistung von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird.

Bestritten ist die Frage, ob den noch nicht fälligen gemeinschaftlichen Schulden die streitigen gleichstehen, wie es nach § 733,1, S. 2 BGB. bei der Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft der Fall ist. Neuerdings hat das Reichsgericht[105]) mit überzeugenden Gründen diese Frage entgegen der herrschenden Lehre in verneinendem Sinne entschieden und ausgeführt, daß die Vorschrift des § 738,1, S. 3 BGB. mit Rücksicht auf ihre von § 733,1, S. 2 BGB. abweichende Fassung einerseits und die Uebereinstimmung ihres Wortlauts mit den Bestimmungen der §§ 257, 775 BGB. andererseits nicht auf streitige Schulden zu beziehen ist[106]).

Haben die zurückbleibenden Gesellschafter ihre Verpflichtung zur Befreiung des Ausscheidenden von den gemeinschaftlichen Schulden nicht erfüllt, und hat er infolgedessen einen Gesellschaftsgläubiger, der ihn mit Erfolg in Anspruch genommen hat, befriedigen müssen, so verwandelt sich der Befreiungsanspruch in einen Erstattungs-: der Ausgeschiedene ist berechtigt, gegen die übrigen Gesellschafter in voller Höhe des bezahlten Betrages Regreß zu nehmen. Mit Recht bezeichnet daher Crome[107]) den Befreiungsanspruch als „eine Art anticipierten Regresses."

3. Der bedeutsamste Anspruch des Ausscheidenden geht auf eine Geldabfindung: die übrigen Gesellschafter sind verpflichtet,

---

[104]) Goldm.-Lil., 1, 781, Anm. 19 zu § 200.

[105]) RG. 60, 155 ff.

[106]) so jetzt auch Planck, Bem. 2b zu § 738 BGB.; Oertmann, Bem. 2 zu § 738; Dernburg, 2, 630, § 362, II, 2.

[107]) Bd. 2, 886, § 297, II.

„ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre." Der Ausgeschiedene, dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zugewachsen ist, kann nicht ohne Entschädigung seine Mitberechtigung am Gesamtgut verlieren; daher haben die verbleibenden Gesellschafter die Verpflichtung, sich mit ihm auseinanderzusetzen und ihn durch eine Abfindung schadlos zu halten. Seine Mitberechtigung im Gefüge der gesamten Hand hat sich in ein gewöhnliches Forderungsrecht auf eine in Geld zu zahlende Abfindungssumme verwandelt: er kann weder die Herausgabe eines Teils des Gesellschaftsvermögens in Natur noch den Verkauf von dazu gehörenden Gegenständen verlangen[108]), er hat kein Recht auf Teilung des Gesamtguts, sondern nur einen obligatorischen Anspruch auf Auskehrung seines etwaigen Geschäftsguthabens, auf eine Geldabfindung, die den Wert seiner Beteiligung an der Gesellschaft darstellt. Was die Höhe dieser Abfindung anlangt, so hat er soviel zu bekommen, als er bei Auflösung der Gesellschaft erhalten hätte. Es bestimmt sich also der Umfang seines Anspruchs nach den §§ 733, 734 BGB. Während aber bei der völligen Auflösung der Gesellschaft tatsächlich zunächst die Gesellschaftsgläubiger befriedigt und sodann die Einlagen der Gesellschafter zurückerstattet werden, um den unter die letzteren etwa zu verteilenden Ueberschuß zu ermitteln, erfolgt die Gläubigerbefriedigung und die Einlagenerstattung beim Ausscheiden eines Gesellschafters nur rechnungsmäßig. Die Grundlage für die Berechnung des Wertes der gesellschaftlichen Beteiligung des Ausgeschiedenen bildet die Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens, wie er oben in § 8 im einzelnen bestimmt ist, und bei jener Abrechnung haben sämtliche Gesellschafter sowie der Ausgeschiedene mitzuwirken. Der Wert des Gesellschaftsvermögens ist dabei, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung und nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen zu ermitteln. (§ 738,2 BGB.) Es ist also mangels besonderer Vereinbarung stets der wahre Wert der einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens in Ansatz zu bringen; nicht etwa dürfen sie willkürlich unter ihrem wahren Werte

[108]) Goldm.-Lil., 1, 781, Anm. 21 zu § 200; Neumann, Anm. 5 zu § 738 BGB.

angesetzt werden, wie es regelmäßig bei bestehender Gesellschaft zu geschehen pflegt[109]).

Das Ergebnis der Abrechnung mit dem Ausgeschiedenen kann ein dreifaches sein: entweder verbleibt nach der Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ein Ueberschuß, oder es reicht das Gesellschaftsvermögen zur Schuldentilgung und Einlagenerstattung gerade aus, oder aber es genügt sein Wert dazu nicht. Im ersten Falle hat der Ausgeschiedene Anspruch auf bare Auszahlung seines Guthabens; dieser Anspruch ist ein reines Forderungsrecht, das dem Ausgeschiedenen gegen die Mitglieder der fortbestehenden Gesellschaft zusteht, und der Ausgeschiedene kann darüber frei verfügen: er kann ihn abtreten, verpfänden usw. Für die Zeit der Auszahlung der festgestellten Abfindungssumme ist in Ermanglung einer besonderen Vertragsbestimmung § 271 BGB. maßgebend, wonach zunächst aus den Umständen zu entnehmen ist, ob sich nicht eine Zeit für die Auszahlung ergibt. Ist dies nicht der Fall, so hat diese Leistung sofort zu erfolgen.

Werden die gemeinschaftlichen Schulden und die Einlagen durch den Wert des Gesellschaftsvermögens gerade noch gedeckt, so werden dem Ausgeschiedenen lediglich seine Ein- und Auslagen erstattet. Reicht dagegen das Gesellschaftsvermögen zu jener Deckung nicht aus, so muß der Ausgeschiedene den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis seines Anteils am Verlust aufkommen. (§ 739 BGB.) Wegen ihrer Forderung haben die übrigen Gesellschafter ein Zurückbehaltungsrecht an den quoad usum-Einlagen des Ausscheidenden, während ihm bis zu seiner Befreiung von den Gesellschaftsschulden ein solches an dem von ihm nach § 739 BGB. zu leistenden Fehlbetrag zusteht. (§ 273 BGB.)[110]).

Unmittelbar nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters wird eine vollständige Auseinandersetzung zwischen dem Ausgeschiedenen und den übrigen Gesellschaftern nur möglich sein, wenn bis zur Abrechnung sämtliche Gesellschaftsgeschäfte, die während der Mitgliedschaft des Ausgeschiedenen abgeschlossen waren, beendigt sind, und ihr günstiges oder ungünstiges Ergebnis bereits berücksichtigt werden

[109]) Staub, Exk. zu § 141 HGB., Anm. 5.

[110]) Knoke, Recht der Gesellschaft, S. 130; Planck, zu § 739 BGB.; a. M. OLG. 6, 446.

kann. Das wird aber nur selten der Fall sein; denn der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bringt es mit sich, daß in einem gegebenen Moment regelmäßig eine Anzahl „schwebender Geschäfte" vorhanden ist. Gibt der Gesellschaftsvertrag keine Auskunft darüber, welche Geschäfte im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters als schwebende anzusehen sind, so sind darunter, wie bereits hervorgehoben, immer nur diejenigen Geschäfte zu verstehen, welche zwar vor dem Wegfall des Gesellschafters begonnen, aber nicht beendigt waren, so daß sich bei seinem Ausscheiden noch nicht erkennen läßt, ob und welchen Gewinn oder Verlust sie bringen werden. Verzichtet der Ausscheidende nicht auf seine Rechte hinsichtlich dieser schwebenden Geschäfte, so greifen in Ermanglung anderweitiger Vereinbarung die Bestimmungen des § 740 BGB. Platz, die denen in Art. 130,2/4 ADHGB. entsprechen. Danach nimmt der Ausgeschiedene an dem Gewinn und Verlust der schwebenden Geschäfte der Gesellschaft noch teil; an ihren sonstigen späteren Geschäften aber ist er nicht mehr beteiligt, weil er der Gesellschaft nicht mehr angehört. Daß er an den schwebenden Geschäften der Gesellschaft „im Guten wie im Bösen" teilhaben soll, ist mit Rücksicht darauf, daß er an ihrem Abschluß noch beteiligt war, nur recht und billig. Er partizipiert also an dem Ergebnis jener Geschäfte ganz so, als ob er noch Gesellschafter wäre: nach Maßgabe seiner früheren Beteiligung an der Gesellschaft. Nicht aber wird er aus den Abwicklungsgeschäften Dritten gegenüber verpflichtet; denn „die übrigen Gesellschafter haben keine Vollmacht, ihn zu vertreten"[110a]). Auch hat der Ausgeschiedene auf die Art und Weise der Erledigung der schwebenden Geschäfte keinerlei Einfluß; vielmehr sind die übrigen Gesellschafter „berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint." Daraus darf man aber nicht folgern, daß die zurückgebliebenen Gesellschafter bei der Abwicklung der schwebenden Geschäfte kulpos und willkürlich verfahren dürften. Ganz abgesehen davon, daß eine derartige Handlungsweise ihnen selbst zum Nachteil gereichen würde, ist ihr freies Ermessen auch dadurch beschränkt, daß sie sowohl unter sich als auch dem Ausgeschiedenen gegenüber verpflichtet sind, dabei Sorgfalt anzuwenden und darüber Rechnung

[110a]) Knoke, Recht der Gesellschaft, S. 131.

zu legen. Bezüglich des Maßes der von ihnen zu betätigenden Sorgfalt wird man mit Knoke[111]) annehmen müssen, daß sie nur für diejenige Sorgfalt einzustehen haben, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen; denn ihre Abwicklungstätigkeit ist „ein gesetzliches Residuum ihrer Gesellschaftereigenschaft“[112]).

Da der Ausgeschiedene nicht mehr Gesellschafter ist, hat er auch nicht das umfassende Kontrollrecht des § 716 BGB. in Ansehung der schwebenden Geschäfte. Er hat kein Recht darauf, sich fortwährend über ihren Stand persönlich zu unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich aus ihnen eine Uebersicht anzufertigen. Damit er aber übersehen und prüfen kann, was und wieviel ihm aus den einzelnen schwebenden Geschäften zukommt, darf er am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte und Auskunft über den Stand der noch schwebenden verlangen. Die Art und Weise sowie der Umfang der Rechenschaftslegung bestimmt sich nach § 259 BGB., und für die Auskunftserteilung ist § 242 BGB. maßgebend. Auch kann der Ausgeschiedene die Auszahlung des ihm gebührenden Gewinnanteils nicht sofort nach Erledigung eines jeden schwebenden Geschäfts, sondern nur am Schlusse eines jeden Geschäftsjahrs fordern. Andererseits aber hat er den aus schwebenden Geschäften sich ergebenden Verlust anteilig mitzutragen. Sollte ein solcher vorauszusehen sein, so wird man der fortbestehenden Gesellschaft das Recht zugestehen müssen, ein etwaiges Guthaben des Ausgeschiedenen aus der Abwicklung andrer schwebender Geschäfte auf Grund von § 733,1, Satz 2 BGB. zurückzubehalten, soweit es erforderlich ist[113]).

---

[111]) Recht der Gesellschaft, S. 130.

[112]) Staub, Exk. zu § 141 HGB., Anm. 25; Staudinger, Anm. 2b zu § 740 BGB.

[113]) Tritt der Ausgeschiedene seinen Anspruch auf Auszahlung des ihm aus schwebenden Geschäften zukommenden Betrags an einen Dritten ab, so erwirbt der Cessionar nicht auch die Rechte auf Rechenschaftslegung und Auskunftserteilung; vielmehr behält sie der Cedent auch nach erfolgter Cession, um seinerseits dem Cessionar gemäß § 402 BGB. Auskunft geben und Beweise zur Geltendmachung des cedierten Anspruchs liefern zu können. Jene Rechte sind personenrechtlicher Natur und deshalb nach § 399 BGB. nicht abtretbar.

In der Rechtsprechung ist für die offene Handelsgesellschaft früher wiederholt[114]) die Ansicht vertreten worden, der Ausgeschiedene sei in Ansehung der schwebenden Geschäfte noch Gesellschafter und zwar ein nicht geschäftsführender; dieselbe ist aber für das geltende Recht nicht haltbar[115]). Denn der Ausgeschiedene hat hinsichtlich der schwebenden Geschäfte nicht mehr die Stellung eines vollberechtigten Gesellschafters: er nimmt „nicht an den Geschäften selbst, sondern nur am Ergebnis der Geschäfte" teil[116]); er hat insoweit keine Gesellschafterrechte mehr, weder das Kontrollrecht des § 716 BGB. noch die Geschäftsführungsbefugnis des § 709 BGB. noch auch das Widerspruchsrecht des § 711 BGB. stehen ihm zu. Seine Rechtsstellung widerspricht demnach dem bei der Gesellschaft geltenden Prinzip der Gleichberechtigung. Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß infolge der Teilnahme des Ausgeschiedenen am Ergebnis der schwebenden Geschäfte zwischen ihm und der fortbestehenden Gesellschaft tatsächlich noch eine Art Gemeinschaft besteht, so soll doch nach jener Bestimmung des § 740 BGB. über die Beteiligung des Ausgeschiedenen weder die alte Gesellschaft als fortgesetzt gelten noch eine neue begründet werden; sie hat vielmehr nur die Bedeutung, daß der Ausgeschiedene nur noch am Ausgang jener Geschäfte interessiert sein soll, insofern deren Abwicklung mit auf seine Rechnung und Gefahr geschieht, und ihr Ergebnis ihm anteilig gutgebracht oder zu Lasten geschrieben wird. Durch diese rechtliche Beteiligung des Ausgeschiedenen wird aber lediglich ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen ihm und der fortbestehenden Gesellschaft begründet[117]) Dies ergibt sich per arg. e contr. auch daraus, daß das BGB. in § 730,2 hinsichtlich der Auseinandersetzung bei totaler Auflösung der Gesellschaft bestimmt: „Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte usw. gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert." Aus dem Fehlen einer derartigen Vorschrift in § 740 BGB. muß man schließen, daß das Gesetz jene Bestimmung nicht auch für die partielle Auflösung hat treffen wollen.

[114]) ROHG. 15,204; RG. 15,81.

[115]) Staub, Exk. zu § 141 HGB., Anm. 21; Oertm., Anm. 1 zu § 740 BGB.

[116]) Oertm., Anm. 1 zu § 740 BGB.

[117]) Oertm., Anm. 1 zu § 740 BGB.

§ 12.

B. Wirkungen des Ausscheidens im Außenverhältnis.

Auch im Verhältnis zu Dritten ist das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht ohne Wirkung. Während aber im Verhältnis zur fortbestehenden Gesellschaft und ihren Mitgliedern die Vermögensrechte des Ausgeschiedenen seine Pflichten an Zahl und Bedeutung weit übertreffen, fällt bei der Betrachtung seiner Rechtsstellung im Verhältnis zu dritten Personen sofort der Umstand ins Auge, daß der Ausgeschiedene überhaupt keine Rechte, sondern nur Pflichten hat. Das Fehlen von Rechten erklärt sich einmal daraus, daß der Ausscheidende das einzige rein persönliche Recht, welches er auf Grund seiner Mitgliedschaft Dritten gegenüber besaß, nämlich das Recht zur Vertretung der anderen Gesellschafter (§ 714 BGB.) im Augenblick seines Ausscheidens verloren hat. Diese Vertretungsmacht hatte er infolge seiner persönlichen Qualität als Gesellschafter; mit dieser Eigenschaft zugleich geht ihm daher auch die Vertretereigenschaft verloren: Vom Zeitpunkt seines Ausscheidens ab hat er also nicht mehr das ihm bisher zustehende Recht, für die übrigen Gesellschafter mit Rechtswirksamkeit zu handeln; er kann deshalb mangels einer besonderen Vereinbarung auch bei der Abwickelung der schwebenden Geschäfte, an deren Gewinn und Verlust er noch teilnimmt, die Gesellschafter nicht mehr vertreten. Hatte der Ausscheidende zusammen mit einem oder mehreren bestimmt bezeichneten anderen Gesellschaftern Gesamtvertretungsmacht, so endigt dieselbe auch für die mitberechtigten Gesellschafter, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, daß in diesem Fall der oder die anderen Kollektivvertreter für sich allein die Vertretungsbefugnis ausüben sollen. Ist eine derartige Bestimmung nicht getroffen, so muß beim Ausscheiden eines gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters für anderweite Vertretung der Gesellschaft gesorgt werden. Dies gilt auch dann, wenn der Ausscheidende allein während seiner Mitgliedschaft vertretungsberechtigt war.

Sodann beruht der Mangel an Rechten Dritten gegenüber auch darauf, daß der Ausscheidende seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und den dazu gehörenden Bestandteilen, insbesondere also

auch an den Gesellschaftsforderungen verloren hat[118]), und daß alle Rechte, die nach seinem Ausscheiden für die fortbestehende Gesellschaft neu begründet werden, ihn nicht mehr berühren, da die zurückbleibenden Gesellschafter in ihrer Verbundenheit die alleinigen Träger des Gesellschaftsvermögens sind. Das ist auch der Grund, weshalb ein Gesellschaftsschuldner die geschuldete Leistung an die verbleibenden Gesellschafter zusammen ohne Berücksichtigung des Ausgeschiedenen zu bewirken hat, wenn er rechtswirksam erfüllen will.

Was die vermögensrechtlichen Verpflichtungen des Ausgeschiedenen im Außenverhältnis angeht, so kann hier nur seine Schuldenhaftung in Frage kommen. In dieser Beziehung gilt folgendes:

Der Ausgeschiedene haftet für die nach seinem Ausscheiden begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht mehr. Dieses Aufhören bezw. Nichtentstehen der Haftung für spätere Verbindlichkeiten der Gesellschaft erscheint selbstverständlich und bedarf keiner weiteren Begründung: Der Ausgeschiedene ist zur Zeit der Entstehung der Schulden nicht mehr Gesellschafter und wird deshalb durch die späteren Rechtshandlungen der zurückbleibenden Gesellschafter oder ihrer Vertreter nicht mehr verpflichtet; die nach seinem Ausscheiden entstehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten sind lediglich gemeinsame Verbindlichkeiten der verbleibenden Gesellschafter. Dies gilt auch von den sog. Abwicklungsgeschäften, obgleich sie noch für Rechnung des Ausgeschiedenen mit abgeschlossen werden; denn wie oben in § 11 bereits ausgeführt worden ist, werden sie von den zurückbleibenden Gesellschaftern allein und nicht mehr zugleich im Namen des Ausgeschiedenen abgeschlossen; aus ihnen können daher für den Ausgeschiedenen weder Rechte noch Pflichten gegen Dritte entstehen[119]).

Dagegen ist das Ausscheiden eines Gesellschafters auf seine Haftung für die bereits begründeten Gesellschaftsschulden ohne

---

[118]) A. M. bezüglich der Forderungen Jörges in Zeitschr. f. d. ges. HR. 49, 216.

[119]) zu vgl. Knoke, Recht der Gesellschaft, S. 131; Oertm. Anm. 1 a. E. zu § 740 BGB.; Staudinger, Anm. 6 zu § 740 BGB.; JW. 29, 663 n. 17; 31, 445 n. 10.

Einfluß. Gegenstandslos wird sie nur, soweit der Ausscheidende mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen dafür haftete, gleichviel ob die Haftung der Gesellschafter rechtsgeschäftlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt war, oder ob sie sich darüber hinaus auch auf ihr Privatvermögen erstreckte. Wie wir schon gesehen haben, ist der Anteil des Ausgeschiedenen am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zugewachsen, sie sind nunmehr die alleinigen Träger des Rechts am Gesellschaftsvermögen. Mit dem Verluste seiner Mitberechtigung daran hört der Ausscheidende naturgemäß auch auf, den Gesellschaftsgläubigern mit dem Gesellschaftsvermögen zu haften. Lediglich in diesem Sinne scheidet er durch seinen Austritt aus der Gesellschaft „ebenso prinzipiell aus der Gesamtheit der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Berechtigungen und Verpflichtungen[120])." Die Gesellschaftsgläubiger, die zu ihrer Befriedigung das Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen wollen, brauchen also wegen ihrer Ansprüche nur gegen die zurückbleibenden Gesellschafter ein Urteil zu erwirken, um die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreiben zu können (§ 736 CPO.)[121]).

Soweit aber der Ausgeschiedene für die bisherigen Gesellschaftsschulden persönlich haftete, sei es nun als Gesamtschuldner oder nur anteilig, haftet er nach wie vor unbeschränkt mit seinem Privatvermögen. Dies ergibt sich aus den nachstehenden allgemeinen Erwägungen: Zur Zeit der Entstehung dieser Gesellschaftsschulden war der Ausgeschiedene noch Gesellschafter und als solcher wurde er aus den von sämtlichen Gesellschaftern gemeinschaftich oder von ihren Vertretern vorgenommenen Rechtshandlungen mitberechtigt und -verpflichtet. Die erworbenen Rechte Dritter aber gegen alle Gesellschafter dürfen durch das Ausscheiden eines von ihnen aus der Gesellschaft nicht alteriert werden. Der Ausscheidende kann die einmal Dritten gegenüber begründete persönliche Haftung, deren Fortdauer von der Mitgliedschaft in der Gesellschaft vollkommen unabhängig ist, weder durch einen einseitigen Rechtsakt noch durch eine mit den übrigen Gesellschaftern getroffene Vereinbarung mit Wirkung für und gegen die Gesellschaftsgläubiger aufheben oder

---

[120]) Jörges, a. a. O., S. 223.

[121]) Knoke, a. a. O., S. 129; Goldm.-Lil., 1, 781, Anm. 18 zu § 200.

auch nur beschränken. Eine solche Abmachung vermag ihn den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht zu befreien, sondern erzeugt eine Wirkung nur für das Rechtsverhältnis zwischen dem Ausgeschiedenen und den verbleibenden Gesellschaftern; den Gesellschaftsgläubigern kann sie niemals entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie die Schuldübernahme seitens der übrigen Gesellschafter genehmigt hätten.

Soweit nach dem Vorstehenden der Ausgeschiedene noch für Gesellschaftsverbindlichkeiten weiter verhaftet bleibt, erfährt seine Haftung durch das Ausscheiden keine Aenderung. Er haftet mithin genau so, wie wenn er noch Gesellschafter wäre: unmittelbar und persönlich mit seinem ganzen Vermögen und je nach der Art der einzelnen Verbindlichkeit gesamtschuldnerisch oder nur anteilsmäßig. Der Ausgeschiedene kann nicht verlangen, daß die Gesellschaftsgläubiger in erster Linie aus dem Gesellschaftsvermögen oder dem Privatvermögen der zurückgebliebenen Gesellschafter Befriedigung suchen. Die Gesellschaftsgläubiger können also ganz nach Belieben ein oder mehrere Mitglieder der fortgesetzten Gesellschaft oder den Ausgeschiedenen allein oder auch gleichzeitig mit den übrigen Gesellschaftern in Anspruch nehmen. Wird der Ausgeschiedene mit seinem Privatvermögen aus früheren Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch genommen, so kann er selbstredend alle Einwendungen aus seiner eigenen Person unbeschränkt geltend machen. Darunter sind alle diejenigen Einwendungen zu verstehen, welche dem Ausgeschiedenen persönlich zustehen und seine persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden treffen. So kann er den Gesellschaftsgläubigern z. B. persönlichen Schulderlaßvertrag, Vergleich, Stundung oder Aufrechnung mit eigener Gegenforderung entgegensetzen. Außerdem aber kann der Ausgeschiedene, wenn er von einem Gesellschaftsgläubiger als Gesamtschuldner belangt wird, nach § 421—425 BGB. von allen Einwendungen Gebrauch machen, welche auf gesamtzerstörlichen, also in rem wirkenden Tatsachen beruhen oder allen Gesamtschuldnern gemeinsam sind. Solche Einwendungen, die nur den zurückgebliebenen Gesellschaftern oder einem von ihnen allein zustehen oder dem inneren Verhältnis der fortbestehenden Gesellschaft entnommen sind, sind für ihn unbrauchbar. Jene Einwendungen hat er auch dann noch, wenn ein früherer Mitgesell-

schafter wegen einer Gesellschaftsschuld bereits rechtskräftig verurteilt ist[122]).

Die Rechte der Gesellschaftsgläubiger werden sonach durch das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht beeinflußt[123]). Auch hinsichtlich der Verjährung ihrer Ansprüche gegen den Ausgeschiedenen tritt keine Modifikation ein[124]). Eine Besonderheit gilt mit Rücksicht auf die Person des Schuldners nur bezüglich des Maßes der Haftung dann, wenn ein Gesellschafter gemäß § 736 BGB. durch Tod ausgeschieden ist. Sein Erbe haftet nämlich für die beim Tode seines Erblassers bestehenden Gesellschaftsschulden nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Erbenhaftung für Nachlaßverbindlichkeiten; er haftet insoweit nur wie ein Erbe nach Kräften des Nachlasses, vorausgesetzt daß er die Rechtswohltat des Inventars noch nicht verloren hat. (§ 1975 BGB).

---

[122]) Haben Gesellschaftsgläubiger den Ausgeschiedenen erfolgreich in Anspruch genommen und von ihm Befriedigung erlangt, so ist er berechtigt, gegen die übrigen Gesellschafter in voller Höhe Regreß zu nehmen.

[123]) Diesen selbstverständlich erscheinenden Satz hatte das ALR in § 300 ausdrücklich ausgesprochen, wo es heißt: „Durch den Austritt eines Mitgliedes wird dessen Verbindlichkeit gegen die Gläubiger der Gesellschaft nicht verändert."

[124]) Anders bei der offenen Handelsgesellschaft nach § 159 HGB.

§ 13.

Schluss.

Das Anwendungsgebiet der Vorschriften des BGB. über das Ausscheiden eines Gesellschafters.

1. Die unmittelbare Anwendung der Vorschriften des BGB. über das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft ist nicht auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts beschränkt. Nach § 54 BGB. finden die Gesellschaftsregeln auch auf die nicht rechtsfähigen Vereine und nach Art. 10 des EG. z. BGB. auf die nicht anerkannten ausländischen Vereine der dort bezeichneten Art Anwendung. Ferner sind die Bestimmungen über die bürgerliche Gesellschaft auf die Gesellschaften der Minderkaufleute in § 4,2 HGB. und die sog. Gelegenheitsgesellschaften anwendbar, die vom ADHGB. in Art. 266 ff. geregelt, in das neue HGB. aber nicht aufgenommen wurde. Schließlich gelangen sie ergänzend für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft zur Anwendung. (§§ 105,2. 161,2 HGB.) Ob bei den sonst durch reichs- oder landesrechtliche Sondervorschriften geregelten „Gesellschaften" die Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft subsidiär Geltung beanspruchen, muß in jedem einzelnen Falle besonders untersucht werden, weil heutzutage in den Gesetzen mit dem Ausdruck „Gesellschaft" die verschiedenartigsten Associationsformen bezeichnet werden [125]).

2. Was das zeitliche Anwendungsgebiet des bürgerlichen Gesellschaftsrechts anbetrifft, so finden die Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft nur auf die nach dem 1. Januar 1900 entstandenen Gesellschaften Anwendung, nicht aber für die vorher begründeten; für die inneren Verhältnisse der letzteren bleiben gemäß Art. 170 des EG. zum BGB. die bisherigen Gesetze maßgebend.

[125]) Planck, Vorbem. 1 zum 14. Titel des BGB.